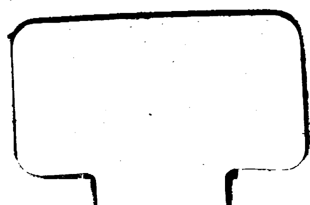


Netherlands

HET KENNELIJK ONVERMOGEN

IN VERBAND MET HET

ONTWERP EENER WET OP HET FAILLISSEMENT EN DE SURSÉANCE VAN BETALING VAN DE STAATS-COMMISSIE VAN 1879.

HET KENNELIJK ONVERMOGEN

IN VERBAND MET HET

Ontwerp eener Wet op het Faillissement en de Surséance van betaling van de Staatscommissie van 1879.

PROEFSCHRIFT,

TER VERKRIJGING VAN DEN GRAAD VAN

DOCTOR IN DE RECHTSWETENSCHAP,

AAN DE RIJKS-UNIVERSITEIT TE LEIDEN,

OP GEZAG VAN DEN RECTOR-MAGNIFICUS

Dr. C. K. HOFFMANN,

HOOGLEERAAR IN DE FACULTEIT DER WIS- EN NATUURKUNDE,

VOOR DE FACULTEIT TE VERDEDIGEN,

op Donderdag 11 Juni 1891, des namiddags te $3^1/_2$ uur,

DOOR

HERMAN ERNST VAN HEES,

GEBOREN TE 'S-GRAVENHAGE.

LEIDEN,

A. H. ADRIANI.

1891.

7/23/29

Aan mijne Moeder.

INLEIDING.

> In legislation whatever is needless is pernitious. Bentham.
>
> Legem brevem esse oportet quo facilius ab imperitis teneatur. Sen. Ep 94, 38.

De interessante verslagen van het verhandelde in de tweede zitting der 14de Juristenvergadering voorkomende in de Handelingen der Ned. Juristenver. deel XIV, 1883, II, bl. 95—179 in verband met 't Ontwerp eener wet op het faillissement en de surséance van betaling den Koning aangeboden door de Staatscommissie ingesteld bij Zijner Majesteits Besluit van 22 November 1879, n⁰. 26, deden mij besluiten om in de volgende bladzijden iets over het kennelijk onvermogen neer te schrijven.

Daar echter reeds twee dissertaties over dit onderwerp bestaan nl. een van Mr. J. J. DE VRIES: „Het kennelijk onvermogen volgens Nederl. recht en buitenl. wetgevingen" Amsterdam 1870 en een van Mr. OETGENS VAN WAVEREN PANCRAS CLIFFORD: „Eenige opmerkingen over den staat van kennelijk onvermogen" Leiden 1887, zoo heb ik zooveel mogelijk vermeden om aangaande dit onderwerp te behandelen wat reeds door genoemde schrijvers in den breede is meegedeeld.

Daar nu vooral de geschiedenis van het kennelijk onvermogen reeds zeer uitvoerig door Mr. DE VRIES is beschreven en men daarenboven in het Ned. Handelsrecht van Prof. DE WAL, III, nog

meer bijzonderheden kan vinden, zoo heb ik hiervan slechts terloops even melding gemaakt, voorzoover het tot toelichting van het overige noodig was. Ik heb mij daarom beperkt tot een poging ter oplossing van de volgende vraag: „Is het noodig en wenschelijk om in geval van onvermogen van personen langer te blijven onderscheiden tusschen faillissement en kennelijk onvermogen?"

Daar echter „tout se tient" en het tegenwoordige niet recht kan begrepen worden zonder eenige kennis van het verledene, zoo zal ik hieraan een overzicht, doch zooals ik reeds hierboven zeide slechts een zeer beknopt overzicht, der geschiedenis van het kennelijk onvermogen laten voorafgaan, om zoo op ons tegenwoordige recht te komen en ten slotte op het wellicht toekomstige, neergelegd in het nieuwe Ontwerp.

In verband hiermee hoop ik dan in 't kort de meer algemeene vraag te bespreken: „Is het noodig, is het wenschelijk tusschen handelsrecht en burgerlijk recht te onderscheiden en ze tot voorwerpen van afzonderlijke wettelijke regeling te maken?" Na deze algemeene vraag te hebben beantwoord kom ik dan tot de meer bijzondere: „Is het noodig om in geval van onvermogen van personen langer te blijven onderscheiden tusschen faillissement en kennelijk onvermogen?"

Ter oplossing dezer vraag zal ik de voornaamste artikelen over het kennelijk onvermogen vergelijken met de daarmee correspondeerende van het faillissement en trachten aan te toonen dat de uitzonderingen, die hierdoor op het faillissement gemaakt worden, geen reden van bestaan meer hebben, hetzij dan omdat die uitzonderingen reeds naar ons thans bestaande recht ongemotiveerd waren, hetzij omdat zij door de regeling neergelegd in 't nieuwe Ontwerp als overbodig kunnen beschouwd worden.

INHOUD.

EERSTE HOOFDSTUK.

Geschiedkundig overzicht van het kennelijk onvermogen.

Volgens onze wet bestaan er drie voorzieningen ingeval van onvermogen van kooplieden, nl.:

1°. Surséance,
2°. Boedelafstand en
3°. Faillissement.

Niet alle die drie voorzieningen zijn op de niet-kooplieden toepasselijk. Krachtens art. 900 W. v. K. kan surséance alleen aan kooplieden verleend worden, terwijl uit art. 764 W. v. K. j°. art. 18. 3°. der wet van 17 Novemb. '76 Stb. n°. 227 volgt, dat met uitzondering van de coöperat. vereenigingen ook 't faillissement alleen op kooplieden toepasselijk is.

Zijn derhalve de surséance en 't faillissement uitsluitend op kooplieden toepasselijk, niet aldus is 't met den boedelafstand, daar deze krachtens art. 705 j° 720. 2° Wetb. v.

Burgerl. Rechtsv. zoowel op kooplieden als op niet-kooplieden toepasselijk is.

Onze tegenwoordige wet kent echter, behalve den boedelafstand, nog een ander middel ter voorziening ingeval van onvermogen van particulieren.

Boek III titel 7 van het Wetb. van Burgerl. Rechtsvorvordering nl. handelt over den staat van kennelijk onvermogen, die krachtens art. 882 van bovengenoemd wetb. alleen op niet-kooplieden toepasselijk is.

Ergo ons thans vigeerend recht kent twee voorzieningen ingeval van onvermogen van niet-kooplieden:

1°. Den boedelafstand (welke echter ook op kooplieden toepasselijk is) en

2°. Den staat van kennelijk onvermogen, die alleen op nietkooplieden kan worden toegepast.

Laat ons, na deze algemeene opmerking, de in de tweede plaats genoemde voorziening nl. 't kennelijk onvermogen, eens meer in bijzonderheden bezien.

Heeft ons recht 't kennelijk onvermogen altijd gekend? Voor de beantwoording dezer vraag dient men de geschiedenis van deze instelling na te gaan.

Daar echter reeds verscheidene uitstekende schrijvers [1]) dit onderwerp de industria behandeld hebben, zal ik, zooals ik reeds hierboven zeide, om niet in noodelooze herhaling van het door hen meegedeelde te vervallen, mij slechts veroorloven in korte trekken, bij wijze van schema, een

---

1) Vergel. het Ned. Handelsrecht van Prof. de WAL III 64 vlg,; dissert. Mr. J. J. de VRIES: „Het kennelijk onvermogen volgens Nederl. recht en buitenl. wetgevingen." Amsterdam 1870, en dissert. Mr. OETGENS van WAVEREN PANCRAS CLIFFORD: „Eenige opmerkingen over den staat van kennelijk onvermogen". Leiden 1887.

zeer korte opmerking over de geschiedenis van het kennelijk onvermogen te maken.

Opmerkelijk bij die geschiedenis is, dat zij eerst zoo laat begint, daar 't verschil tusschen faillissement en kennelijk onvermogen eigenlijk eerst dateert sedert de invoering der Fransche Codes en daaruit is overgenomen, daar hier te lande vroeger geen onderscheid werd gemaakt tusschen kooplieden en particulieren, voor zoover betreft de wettelijke voorzieningen in geval van onvermogen.

Ondanks dit verschijnsel echter, vinden wij toch in de Fransche wet niet veel licht hieromtrent, daar in den Code Civil wel werd gesproken van: „l'état de déconfiture d'un individu non commerçant," maar nergens in de Fransche wetten eene bepaling was te vinden, wat door zoodanigen „état de déconfiture" in den zin der wet moest worden verstaan. Zoo lezen wij in de Revue de Droit International et de Législation Comparée Tome I p. 569, in een opstel van Mons. DE MONTLUC, „Ce qui est indispensable, c'est que la condition des non-commerçants en cette matière ne soit pas plus négligée que celle des commerçants."

Malheureusement le législateur Français n'est pas à l'abri de tout reproche à cet égard", daar volgens hem „la déconfiture, c'est le désordre, le vague et l'obscrurité au lieu de l'ordre, de la précision, de la clarté; c'est quelque chose d'incertain qui flotte à la merçi des interprétations contradictoires des cours et tribunaux de l'Empire, au lieu d'un système bien arrêté, formulé dans un texte décisif."

Ook Mr. J. J. DE VRIES wijst in zijn voornoemde dissert. bl. 7 op 't onvolledige der regeling van het déconfiture.

Vinden wij derhalve in de Fransche wet weinig ter opheldering over deze zaak, niet veel beter resultaten krijgen

wij door 't opslaan der Fransche schrijvers, daar deze den „état de déconfiture" al even nonchalant behandelen als hun wetgever.

Zoo lezen wij bij DELVINCOURT, Tome II. p. 782: Il y a déconfiture, lorsque le débiteur ne possède pas assez de biens pour payer ce qu'il doit."

Il y a faillite, lorsqu'il a manqué à ses engagements, quand même il aurait assez de biens pour payer. D'ailleurs le mot de faillite s'applique plus particulièrement aux négociants."

Volgens bovengenoemd schrijver bestaan er dus twee belangrijke verschilpunten tusschen het faillissement en het déconfiture, nl:

1°. Dat het faillissement alleen betrekking heeft op kooplieden; déconfiture niet.

2°. Dat voor het faillissement wordt vereischt een ophouden met betalen, onverschillig of dit de oorzaak is van een niet willen of van een niet kunnen betalen, terwijl voor den état de déconfiture geeischt wordt een niet kunnen betalen door gebrek aan vermogen.

Wanneer wij nu bovengenoemde definitie van den état de déconfiture vergelijken met die van onze wet in art. 882 Wetb. van Burgel. Rechtsv. dan zien wij dat genoemd artikel de eischen voor het intreden van het kennelijk onvermogen zwaarder stelt dan de Fransche wet dit deed voor den état de déconfiture. Immers terwijl voor beide geeischt wordt een gebrek aan vermogen om zijne schulden te betalen, eischt art. 882 Wetb. van Burgerl. Rechtsv. nog daarenboven uitdrukkelijk dat genoemde staat van kennelijk onvermogen blijkbaar moet zijn, terwijl ook dit nog niet eens voldoende is, zoo niet nog een der gevallen genoemd in art. 883 Wetb. van Burgerl. Rechtsv. tevens aanwezig is.

Waarom heeft onze wetgever in vergelijking van den Franschen zooveel zwaarder eischen gesteld voor het kennelijk onvermogen? Waarschijnlijk is een historische reden hiervan de oorzaak. Immers, zooals ik reeds hierboven zeide, hebben wij de afzonderlijke regeling van het kennelijk onvermogen aan de Fransche Codes ontleend, die 't eerst spraken van een état de déconfiture naast 't faillissement, zonder echter ergens te vermelden wat er onder te verstaan viel.

Onze wetgever nu ziende, dat de Fransche wet hier onderscheidde tusschen onvermogen van een koopman en dat van een particulier, doch zonder daarom 't onvermogen van den particulier voldoende te regelen, werd hierdoor aangespoord om 't kennelijk onvermogen eens goed en volledig in de wet te gaan omschrijven, en stelde daarom waarschijnlijk ook de eischen voor 't intreden van dien staat zwaarder dan de Fransche wet deed voor den état de déconfiture, teneinde 't verschil tusschen de voorwaarden voor 't faillissement en 't kennelijk onvermogen meer te doen verschillen.

Op de vraag: „Hoe komt het dat de Fransche wet, hoewel zij 't eerst van een état de déconfiture naast 't faillissement is gaan spreken, deze zaak nergens en nooit volledig geregeld heeft", moet ik 't antwoord schuldig blijven, daar ik er bij geen enkelen schrijver een positief antwoord op heb kunnen vinden.

Vooral is die onvolledige regeling van de Fransche wet bevreemdend om twee redenen:

1°. Omdat zij 't eerst bij de voorzieningen in geval van onvermogen is gaan onderscheiden tusschen kooplieden en niet-kooplieden.

2°. Omdat men in Frankrijk wel degelijk de leemte in

de wetgeving omtrent dit punt gevoelde, wat o. a. hieruit blijkt, dat men wel eens de bepalingen van het faillissement, — ofschoon ten onrechte — toepaste op den toestand van déconfiture [1]).

Waarschijnlijk echter zal de sub 2°. vermelde leemte wel geen belangrijke nadeelen voor de praktijk opgeleverd hebben en zoo dit 't geval geweest is, hebben wij hierin misschien de reden te zoeken waarom de Fransche wetgever 't déconfiture niet vollediger geregeld heeft. Ook Mr. J. J. DE VRIES veronderstelt dit, daar, blijkens hetgeen hij op bl. 62 van zijn proefschrift: „Het kennelijk onvermogen volgens Nederl. recht en buitenl. wetgevingen" vermeldt, het déconfiture in de Fransche wet wellicht alleen daarom ongeregeld is gebleven, omdat de gevallen van déconfiture op verre na niet zoo fréquent zijn, als die van faillissement, en wanneer zij zich voordoen, daarbij niet zulke gewichtige belangen in het spel zijn, als bij de insolventie van een koopman.

Blijkt echter deze hypothese waarheid te zijn, dan is zij ook een argument voor de stelling: „Een afzonderlijke regeling van 't kennelijk onvermogen naast 't faillissement is overbodig."

Behalve bij DELVINCOURT vinden wij ook bij TOULLIER eenige aanteekeningen op den état de déconfiture. Zoo vinden wij Tome 7 p. 54 n°. 45 deze definitie van den état de déconfiture: „La déconfiture est l'état où se trouve un débiteur non commerçant dont les biens sont insuffisants pour payer ses dettes; en sorte que les créanciers qui n'ont ni privilège ni hypothèque, sont réduits à perdre une partie

---

1) Zie DE WAL: Het Ned. Handelsrecht, III. bl. 26.

de leurs créances, et à partager entre eux le prix des biens par contribution au mare le franc."

Vergelijken wij deze definitie met die van DELVINCOURT, vermeld Tome II p. 782 en hierboven op bl. 4 geciteerd, dan vinden wij hierin de verschilpunten tusschen 't faillissement en 't déconfiture nog duidelijker uitgedrukt dan bij laatstgenoemd schrijver, daar TOULLIER uitdrukkelijk spreekt van „un débiteur non commerçant" terwijl DELVINCOURT door de weglating der woorden: „non commercant" den koopman niet onvoorwaardelijk van 't déconfiture uitsluit, en alleen door de bijvoeging der woorden: „d'ailleurs le mot de faillite s'applique plus particulièrement aux négocians," te kennen geeft dat 't faillissement doorgaans, dus niet altijd op kooplieden toepasselijk is.

Verdient derhalve TOULLIER aanbeveling om de juistheid zijner definitie van den état de déconfiture, niet minder is hij onze aandacht waardig om de overige aanteekeningen over dezen staat van onvermogen, waarin hij aangeeft 't verschil in de gevolgen van den état de déconfiture en het faillissement.

Zoo wijst hij er eerst in 't algemeen op, dat er een groot onderscheid bestaat tusschen de handelingen en betalingen gedaan 10 dagen vóór de opening van 't faillissement en die, gedaan 10 dagen vóór de opening van den état de déconfiture.

Van de handelingen vóór dien tijd gedaan door den failliet zegt hij, dat bedrog van zijn kant door de wet verondersteld wordt, terwijl dit niet 't geval is zoo genoemde handelingen door een insolvent verricht zijn, daar de bepalingen van den Code de Commerce, betrekking hebbende op handelingen gedaan door den failliet 10 dagen

vóór zijn faillissement, niet toepasselijk zijn op niet-kooplieden, die zijn geraakt in een staat van déconfiture [1]).

Van de betalingen gedaan 10 dagen vóór 't déconfiture zegt hij dat zij geldig zijn, behalve in geval van bedrog [2]).

Behalve op deze verschilpunten wijst TOULLIER op nog andere tusschen faillissement en déconfiture.

Zoo zegt hij uitdrukkelijk dat de bepalingen omtrent het accoord in 't faillissement niet bij den état de déconfiture toepasselijk zijn [3]), evenmin als de bepaling van art. 530 van den Code de Commerce [4]).

De meeste overige Fransche schrijvers beperken zich bij de behandeling van den état de déconfiture tot 't geven eener difinitie.

Zoo lezen wij bij MERLIN op 't woord „déconfiture" [5]): „C'est l'insolvabilité d'un débiteur dont les biens sont insuffisans pour payer tout ses créanciers."

Vergelijken wij deze definitie met die van TOULLIER, dan treft ons 't meer algemeene karakter dat zij draagt. Immers 't algemeene woord „débiteur" omvat zoowel den koopman als den niet-koopman en doet niet uitkomen, dat 't déconfiture alleen op eerstgenoemde toepasselijk is.

Geeft derhalve MERLIN in zijn definitie niet volkomen duidelijk aan de hoofdverschilpunten die er bestaan tusschen faillissement en déconfiture, zeer duidelijk doet PARDESSUS

---

1) Zie TOULLIER, Tome VI, p. 331 n°. 364.

2) TOULLIER, Tome VII, p. 54 n°. 45.

3) Zie TOULLIER, Tome VII, p. 261 No. 254 en eveneens PARDESSUS, „Eléments de jurisprudence commerciale", p. 508.

4) Zie TOULLIER, Tome VII, p. 263, No. 257.

5) Zie MERLIN, Tome III, op 't woord „déconfiture".

deze uitkomen door deze omschrijving te geven van den état de déconfiture: „La déconfiture est la position du non commerçant qui se trouve, par l'accumulation de condamnations ou de poursuites dirigées contre lui, hors d'état de payer ce qu'il doit" [1]). Zoo ooit, dan worden door deze definitie duidelijk de twee hoofdverschilpunten tusschen faillissement en kennelijk onvermogen aangegeven, daar de woorden „non commerçant" den koopman uitdrukkelijk van 't déconfiture uitsluiten en de woorden „hors d'état de payer ce qu'il doit" duidelijk er op wijzen dat niet een niet willen, maar alleen een niet kunnen betalen een der voorwaarden is voor de toepassing van deze voorziening.

Resumeeren wij derhalve 't voorgaande, dan zien wij dat vóór de invoering der Fransche Codes bij ons geen sprake was van een zelfstandige behandeling van den staat van kennelijk onvermogen naast het faillissement, daar wij eerst, na door den Franschen wetgever op 't verschil tusschen beide voorzieningen te zijn attent gemaakt, tot een afzonderlijke regeling van 't kennelijk onvermogen naast 't faillissement gekomen zijn.

Daar echter vóór dien tijd 't faillissement ook op den niet-koopman toepasselijk was blijkens de Amsterdamsche Ordonnantiën van 1643 [2]) art. 4, van 1659 [3]) en van 1777 [4]) art. 3, zoo concludeert Mr. J. J. DE VRIES op bl. 28 van zijn hier boven geciteerd proefschrift hieruit te recht „dat

---

1) Zie PARDESSUS, „Cours de Droit Commercial", Tome II p. 321.

2) Zie ROOZEBOOM, Recueil van verscheyden Keuren en Costumen, enz. pag. 304. No. 4.

3) NOORDKERK, Handvesten van Amsterdam. II, bl. 687, al. 8.

4) Zie de Ordonnantie van 1777 in de Nederl. Jaarb. 1777, bl. 291 vlg. (maar vooral bl. 292 III en bl. 299 XIII).

het kennelijk onvermogen (liever zou ik hier bezigen de algemeene uitdrukking: „de voorziening in geval van onvermogen voor niet-kooplieden") ten allen tijde bij ons heeft bestaan en dat men dus met recht kan zeggen, dat deze instelling volgens de wet van 1837 slechts een terugkeer is tot het vroeger bestaande, zij het ook, dat in den vorm door de afscheiding van het faillissement verandering is gekomen.

Daar dus vóór de invoering der Fransche Codes de geschiedenis van het kennelijk onvermogen samenvalt met die van het faillissement, kunnen wij voor dat tijdperk verwijzen naar de geschiedenis van 't faillissement [1]). De voorzieningen in geval van onvermogen van personen hebben dus hare eerste ontwikkeling in 't handelsrecht gekregen.

Van wanneer af nu zijn die voorzieningen ten onzent tot een zelfstandige behandeling gekomen ook voor de niet-kooplieden. m. a. w. van wanneer af dateert ten onzent de zelfstandige behandeling van 't faillissement naast 't kennelijk onvermogen?

Zooals wij reeds boven zagen, waren krachtens de Amsterdamsche Ordonnantiën van 1643, 1659 en 1777 de bepalingen van het faillissement zoowel op kooplieden als op niet-kooplieden toepasselijk. Hetzelfde had plaats volgens het Wetboek op de manier van procedeeren in civiele zaken enz. van 22 Augustus 1799 [2]) en ook volgens het Ontwerp van 1815 en het Wetboek van 1809 (beide de burgerlijke rechtsvordering betreffende) [3]) [4]).

---

1) Zie hierover, Het Ned. Handelsrecht van Prof. DE WAL, deel III, bl. 4 vlg.

2) Verg. Prof. DE WAL, Handelsrecht III, bl. 8.

3) VOORDUIN, deel X = Wetb. v. Kooph. deel III, blz. 589, 587, deel VIII, Inleiding bl. 19 vlg. en 26 vlg. en deel I, bl. 316, 317).

4) Zoo lezen wij bij VOORDUIN deel 10 bl. 589: „In het ontwerp van 1815

Eerst in 't Ontwerp van 1827 kwamen bepalingen voor voor 't geval van niet-kooplieden. Uit de ontwikkelingsgeschiedenis van dit ontwerp blijkt echter dat 't kennelijk onvermogen toen bij velen tegenstand vond en de slotsom der beraadslagingen in de Eerste Kamer was verwerping van het ontwerp, hetwelk ten gevolge had, dat op 24 Maart 1829 bij de Tweede Kamer inkwam eene Koninklijke Boodschap, inhoudende een gewijzigd ontwerp van dezen titel.

Het gevolg der discussiën over dit gewijzigd ontwerp was, dat het met eene meerderheid van 31 stemmen (59 van de 87) werd aangenomen. Ook de meerderheid der leden van de Eerste Kamer kon zich nu met het nieuwe ontwerp, het kennelijk onvermogen betreffende, vereenigen. De titel komt in het Staatsblad van 1829 voor als Wet van 19 Mei n⁰. 37. Ten gevolge echter van de in 1837 plaats gehad hebbende herziening van het in 1830 uitgegeven Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, is voorgesteld om met intrekking der bovengenoemde wet van 19 Mei 1829, dezen titel te doen vervangen door de bepalingen, welke vervolgens zijn vastgesteld bij de wet van 10 Mei 1837 Stbl. n⁰. 50 [1]).

Wanneer wij nu zien: Eenerzijds 't feit, dat faillissement en staat van kennelijk onvermogen oudtijds niet afzonderlijk geregeld waren, en de moeite, die men zich later gegeven heeft, om voor 't burgerlijk faillissement een afzonderlijke

even als in het wetboek van 1809, waren de voorzieningen in cas van insolventie des schuldenaars voorgeschreven, en die betrekkelijk den tijdelijk ten achter zijnden schuldenaar, niet bepaald tot het geval, dat de debiteur tot den handelstand behoorde, of zijne schulden uit handelsoperatiën voortgesproten waren: die bepalingen spraken algemeen.

1) Zie Van den Honert, Handb. voor de burgerlijke rechtsv.

regeling te maken en anderzijds 't feit dat ons jongste ontwerp op 't stuk van het faillissement, (nl. 't Ontwerp eener wet op het faillissement en de surséance van betaling den Koning aangeboden door de Staatscommissie ingesteld bij zijner Majesteits besluit van 22 Nov. 1879, n°. 26) [1]) weer meer naar ons oudste recht terugkeert en aandringt op een samenvoeging van den staat van faillissement en kennelijk onvermogen, dien men vroeger zich zooveel moeite gaf om van elkaar af te scheiden, dan dringt zich direct de vraag aan ons op: „Welke gronden kunnen voor een samenvoeging en welke voor een splitsing dier beide voorzieningen worden aangevoerd?"

Voordat wij echter overgaan tot de beantwoording dezer speciale vraag, acht ik 't niet van belang ontbloot eerst te trachten de meer algemeene vraag op te lossen: „Is 't noodig, is 't wenschelijk tusschen handels- en burgerlijk recht te onderscheiden, en ze tot voorwerpen van afzonderlijke wettelijke regeling te maken.?"

Laat ons ter oplossing dezer vraag in Hoofdstuk II kortelijk nagaan de handelingen der Nederlandsche juristenvergadering gehouden op Vrijdag 31 Aug. 1883 opgenomen in deel XIV.

---

1) Kortheidshalve zullen wij bovengenoemd Ontwerp in 't vervolg aanduiden door de woorden: „'t nieuwe Ontwerp."

TWEEDE HOOFDSTUK.

Bespreking der al of niet wenschelijkheid van een onderscheiding tusschen Handels- en Burg. Recht.

Terwijl de heeren: HARTOGH, MOLENGRAAFF en GOUDSMIT de leer verkondigden dat handelsrecht en civielrecht één zijn en dat voor beide het handelsrecht maatstaf moet zijn en op de vraag: „Is het noodzakelijk of wenschelijk tusschen handelsrecht en burgerlijk recht te onderscheiden, en ze tot voorwerpen van afzonderlijke wettelijke regeling te maken?" beslist ten antwoord gaven: neen, toonde MR. LEVY zich een warm voorstander voor een afzonderlijke behandeling van het handelsrecht.

De 4 gronden, die hij hiervoor aanvoerde, waren:

1°. Eene eigene bron van het handelsrecht.

2°. „ „ methode „ „ „

3°. „ „ uitlegkunde „ „ „

4°. „ „ strekking „ „ „

Laat ons nu de 4 gronden door Mr. LEVY aangevoerd als argumenten voor de noodzakelijkheid van een afzonder-

lijk handelsrecht eens meer van nabij beschouwen en daartoe met den 1en grond, nl. „de eigene bron" van het handelsrecht beginnen.

Naar mijne bescheiden meening gaat dit argument om twee redenen niet op. Immers: door die eigene bron verstaat Mr. Levy 't gewoonterecht, dat volgens hem in handelszaken kracht heeft zelfs boven de wet, en dat wel een derogatoire kracht, terwijl in 't burgerlijk recht in engeren zin (Burgerl. Wetb.) het gewoonterecht slechts aanvullende kracht heeft krachtens artt. 3 A. B. en 1375 Burgerl. Wetb.

Om twee redenen, zeide ik hierboven, gaat dit argument niet op:

1°. Omdat 't in strijd is met art. 3 A. B., welk artikel als regelende de werking en kracht van de gewoonte voor alle wetten en wetboeken, zoowel toepasselijk is op 't Burgerlijk Wetboek als op 't Wetboek van Koophandel [1]). Wanneer dus krachtens artikel 3 A. B. j°. 1375 burgerlijk wetboek 't gewoonterecht voor 't burgerlijk wetboek slechts aanvullende kracht heeft, dan heeft 't precies diezelfde en niet meer kracht in 't wetboek van koophandel [2]).

2°. Omdat, gesteld zelfs dat in 't Wetboek van Koophandel 't gewoonterecht die groote kracht had, er dan nog geen reden zou bestaan waarom men in 't burgerlijk

---

1) Zie Mr. Opzoomer: Wet A. B. bl. 1.

2) Ook Mr. Kist is de meening toegedaan dat art. 3 A. B. de sedes materiae is voor de kracht van 't gewoonterecht zoowel in burgerlijke als in handelszaken en dat dus ook in handelszaken de gewoonte slechts die kracht kan hebben, welke art. 3 A. B. haar toekent d w. z. alleen een aanvullende kracht voorzoover de wet er naar verwijst (Kist I, bl. 7).

recht (Burgerlijk Wetboek) niet eveneens desvereischt die groote kracht van het gewoonterecht zou aannemen.

In de 2de plaats beroept Mr. LEVY zich op de eigene methode van het handelsrecht daar volgens hem het handelsreeht eenerzijds eene lijnrechte tegenstelling vormt met 't Romeinsche recht, terwijl 't aan den anderen kant groote verwantschap heeft met de leer van de maatschappelijke verschijnselen. Mr. LEVY beroept zich tot staving hiervan op 't toonder papier, dat volgens hem niet uit 't Romeinsch recht is te verklaren. Aangenomen dat dit waar is, zoo bewijst dit niets voor de vele andere handelsrechtelijke instellingen, die wèl op Romeinsche bodem staan [1]).

Welnu, zoo eenerzijds vaststaat dat het algemeene civielrecht berust op Romeinsche grondslagen en anderzijds dat het handelsrecht zich eerst later als een afzonderlijke tak daarvan heeft afgescheiden, dan moet noodzakelijk ook die afzonderlijke tak op Romeinsche grondslagen berusten.

Ook met 't 3de argument van Mr. LEVY: de eigene uitlegkunde van het handelsrecht, kan ik mij niet vereenigen.

Waarom toch moet genoemde uitlegkunde, gebaseerd op elasticiteit eener- en groote gestrengheid anderzijds, alleen in 't handels- en niet ook in 't burgerlijk recht toegepast worden? Heeft niet zoowel de koopman als de niet-koopman belang bij een groote elasticiteit van 't recht en op een strikte toepassing van het scripsi quod scripsi?

---

1) Dat ook 't handelsrecht op Romeinschen bodem berust volgt uit 't geen wij lezen bij ENDEMANN: (Handbuch des Deutschen Handelsrechts I, bl. 10). „Das Handelsrecht hat sich allmählich von dem übrigen Verkehrsrecht als ein Sonderrecht abgetrennt. Unser Verkehrsrecht ruht, wenn auch nicht ausschlieszlich, doch zum weitaus grösten Theil auf dem Rom. Recht."

En eindelijk wat betreft 't 4de argument van Mr. LEVY: „de eigene strekking van het handelsrecht."

Mr. LEVY ziet die eigene strekking van het handelsrecht in zijn cosmopolitischen aard; doch heeft niet ons gewone burgerlijk recht eveneens een cosmopolitischen aard, al is 't ook in minder mate, en is 't vooral met 't oog op verwikkelingen, waartoe het internationaal privaatrecht kan aanleiding geven, niet evenzeer wenschelijk, ook hiervoor tot een uniforme regeling te komen, eveneens als voor 't handelsrecht?

De cosmopolitische aard van 't burgerlijk recht zoowel als van 't handelsrecht meen ik te mogen afleiden uit 't feit, dat er zoowel een internationaal burgerlijk, als een internaal handelsrecht bestaat (Zie Mr. ASSER, schets van het internat. priv. recht, bl. 2). „Een duidelijk" bewijs dat op 't gebied van 't burgerlijke zoowel als op dat van het handelsrecht de nationaliteit haren invloed doet gelden en tot één regeling voor twee landen maakt, waar anders ieder land zijn eigen regeling zou volgen.

Is derhalve 't feit dat er een internationaal burgerlijk recht bestaat een gevolg van den cosmopolitischen aard van genoemd recht, een nog veel sterker bewijs daarvoor is de noodzakelijkheid die er bestaat om dit recht in 't leven te roepen.

Immers wanneer men met Prof. HAMAKER aanneemt de definitie: „dat het recht is de regeling van het maatschappelijk leven" (zie de redevoering van Prof. HAMAKER, uitgesproken te Utrecht 1877, bl. 7), dan zal dit recht, wil 't aanspraak kunnen maken op een bruikbaar en deugdelijk recht, zich naar dat maatschappelijk leven moeten voegen.

Aangezien nu — dank zij de verbetering en uitbreiding

onzer verkeersmiddelen — 't maatschappelijk leven, ook dat van den niet-koopman, meer en meer een cosmopolitisch karakter is gaan dragen, zoo moest ook 't recht, wilde 't daarmee voeling houden, steeds meer zoodanig karakter aannemen.

Nergens vond ik deze gedachte duidelijker en schooner weergegeven dan op bl. 21 van voornoemde oratie, waar wij 't volgende lezen: „Slechts dan, ik herhaal het, zou men, door iederen persoon bij zijne handelingen en iederen rechter bij de rechtspraak te verwijzen naar de wet van zijn eigen land, aan alle onzekerheid een einde maken, wanneer men te gelijker tijd alle internationaal verkeer deed ophouden, alle verplaatsing van personen en goederen belette, de internationale post- en telegraafverbindingen afbrak. Want dan, maar ook alleen dan, zou ieder, wetende, dat de rechter van zijn eigen land de eenige was, die met mogelijkheid geroepen kon worden om over zijn doen en laten te oordeelen, tevens weten naar welke wet hij zich te richten had."

Ook Mr. M. Th. Goudsmit wijst er op, dat 't recht steeds meer een cosmopolitisch karakter moet krijgen, met deze woorden: „Het isolement op rechtsgebied, dat tot nu toe de natiën kenmerkte en het internationaal verkeer niet weinig belemmerde, verdwijnt, evenals zoovele andere instellingen, die zich slechts op grond van langdurige traditie hebben kunnen handhaven. De eerste schrede op dien weg gedaan zal door meerdere worden gevolgd." (Zie Themis 1888, bl. 234).

Dit zijn de 4 positieve bezwaren, die Mr. Levy heeft tegen eene samenvoeging van handels- en civielrecht, doch hij gaat verder en weerlegt ook de 4 bezwaren, die door Mrs. Hartogh en Molengraaff tegen het afgescheiden voortbestaan van 't handelsrecht zijn aangevoerd.

Zoo wenschen laatstgenoemde 2 juristen de immobilia te brengen onder het bereik van 't handelsrecht, waartegen Mr. LEVY aanvoert, dat de vraag: in hoever „das Recht an Grund und Boden" moet worden gemobiliseerd, allerlei gezichtspunten heeft en niet eenvoudig met een algemeen beroep op de eenzelvigheid van handelsrecht en burgerlijk recht kan worden afgedaan. Aangenomen dat die bewering opgaat, geloof ik echter tòch dat de samenvoeging van handels- en burgerlijk recht de oplossing dezer vraag zeer zou vergemakkelijken. Immers gesteld, dat die samenvoeging hiertoe leidde, dat men kreeg één algemeen wetboek, toepasselijk op den koopman en op den niet-koopman, en daarnaast eenige afzonderlijke bepalingen, voorzoover 't handelsbedrijf die strikt noodzakelijk maakte, alleen toepasselijk op kooplieden, zoo zou men hierdoor natuurlijk een veel eenvoudiger systeem van wetgeving krijgen en als gevolg daarvan een wijziging gemakkelijker zijn in te voeren dan in een wetgeving, die burgerlijk en handelsrecht geheel onafhankelijk en afgescheiden van elkaar in 2 wetboeken behandelt en dus veel gecompliceerder is.

Een 2de bezwaar ontleent men aan de z. g. privileges, waartegen Mr. LEVY aanvoert dat ze alleen in actieven en niet in passieven zin privileges zijn, daar 't recht om ook te worden gegijzeld, failliet verklaard, enz. juist niet tot de meest benijdenswaardige zaken behoort. Naar mijne bescheiden meening gaat ook dit argument niet op.

Immers blijkens den geheelen gang van 't betoog der heeren HARTOGH en MOLENGRAAFF is 't woord „privilege" hier slechts een ongelukkig gekozen woord voor „uitzondering" en nu zal toch Mr. LEVY niet beweren dat genoemde uitzonderingen, die 't Wetboek van Koophandel maakt op 't

Burgerlijk Wetboek, reden van bestaan hebben, maar veeleer moeten erkennen, dat ook hier een gelijkstelling van den particulier met den koopman alleszins wenschelijk en heilzaam zou zijn.

Tegen een derde bezwaar: dat de grens moeilijk te bepalen zou zijn, voert Mr. LEVY aan:

1°. Dat die moeilijkheid van grensbepaling op wetenschappelijk gebied niet te ontwijken is.

2°. Dat die moeilijkheid geen bezwaar heeft, daar men haar ontwijkt door zich te plaatsen au beau milieu van het handelsrecht.

Mij dunkt zoowel bij 't sub 1°. als bij 't sub 2°. aangevoerde argument maakt Mr. LEVY zich schuldig aan een petitio principii. Immers bij beide kan men zeggen: Quod demonstrandum erat. Daar hij hier echter niets bewijst maar alleen als bewezen aanneemt wat hem als zoodanig te pas komt, kan men genoemde 2 argumenten gerust pro non scripto habere.

En eindelijk wat betreft de weerlegging van het 4de bezwaar: de handelsdaad is moeilijk te definieeren; ook hierbij kan ik mij niet met Mr. LEVY vereenigen die hierop antwoordt: Niets is gemakkelijker te definieeren; omnis definitio in iure civili periculosa.

Naar mijne bescheiden meening toonen de vele procedures over de vraag of deze of geene nalatige debiteur koopman of particulier was, maar al te duidelijk aan dat de definitie van een handelsdaad nog niet zoo bijzonder gemakkelijk is.

En eindelijk ten slotte zegt Mr. LEVY dat Mr. MOLENGRAAFF door zijn beroep op 't Zwitsersche obligatierecht, dat de unificatie van burgerlijk en handelsrecht huldigt en toch spreekt van kooplieden en daden van koophandel eene

bijdrage leverde voor de afscheiding van het handelsrecht als zelfstandig recht.

Naar mijne bescheiden meening gaat ook deze bewering niet op, daar Mr. LEVY hierdoor alleen bewijst dat de Zwitsersche wetgever zijn taak niet goed vervulde, wat echter geenszins bewijst dat ook de onze hiertoe niet bij machte zal zijn.

Dit wat betreft de oppositie van Mr. LEVY.

Daar genoemd spreker tot de voornaamste tegenstanders van de unificatie van burgerlijk en handelsrecht behoorde, achtte ik 't niet van belang ontbloot zijne argumenten hier in 't kort aan te geven.

Aangezien echter na hem nog verscheidene sprekers 't woord voerden en wij al te uitvoerig zouden worden, zoo wij van elk hunner in extenso meedeelden wat zij der vergadering ten beste gaven, zoo meen ik te kunnen volstaan met de hoofdmeeningen groepsgewijze aan te geven en dat wel om twee redenen:

1°. Ter bevordering van een duidelijk overzicht.

2°. Omdat wij den lezer, die alle bijzonderheden hieromtrent wenscht te weten, kunnen verwijzen naar de Handelingen der Nederlandsche Juristenvereeniging deel XIV, 1883.

Wanneer wij nu in 't kort den inhoud der gevoerde debatten nagaan, dan zien wij dat de woordvoerders hierbij in 4 groepen te splitsen zijn:

1°. De absolute tegenstanders van een unificatie van burgerlijk en handelsrecht nl. Mr. LEVY en Mr. VAN NOOTEN.

2°. De absolute voorstanders dier unificatie.

3°. Mr. B. J. POLENAAR, wiens meening over deze zaak

als 't ware tusschen de sub 1⁰. en 2⁰. genoemde sprekers in staat, daar hij niet de opvatting der praeadviseurs deelt en hij ook niet medegaat met den heer LEVY.

4⁰. Mr. KNOTTENBELT (Mr. HARTOGH is 't in hoofdzaak met hem eens) die zich aansluit bij de in 1873 door den heer FRUIN gesproken woorden: „Voor die rechtsbetrekkingen, die de handel in 't leven roept, wensch ik bijzondere bepalingen, al wil ik die ook in het gewone privaatrecht een plaats geven."

Toen ten slotte de beraadslaging gesloten werd, was het resultaat:

Dat vraagpunt *a.*, luidende: „Moeten aan sommige rechtshandelingen, op grond dat zij zijn daden van koophandel uit haren aard, van het algemeene recht afwijkende rechtsgevolgen van materieelen of formeelen aard worden verbonden?" op verzoek van de heeren: POLENAAR, HARTOGH en DRUCKER, in hoofdelijke stemming werd gebracht, en met bijna algemeene stemmen ontkennend werd beantwoord, daar slechts de heeren Mrs. D'AULNIS, BOAS, LEVY en VAN NOOTEN een bevestigend antwoord gaven, en 4 (Mrs. POLENAAR, DOMELA NIEUWENHUIS, BAKE en W. H. DE BEAUFORT) zich buiten stemming hielden, en dat vraagpunt *b.*, luidende: „Moeten aan sommige rechtshandelingen, op grond dat zij zijn daden van koophandel omdat zij verricht worden door kooplieden, van het algemeene recht afwijkende rechtsgevolgen van materieelen of formeelen aard worden verbonden?" eveneens met bijna algemeene stemmen ontkennend werd beantwoord, daar slechts 4 leden (Mrs. POLENAAR, DOMELA NIEUWENHUIS, LEVY en BAKE) zich er vóór verklaarden.

Wanneer 't mij, die nog als leek sta tegenover de coryphееën onzer juristen, van wier redevoeringen ik 't genoegen had de interessante verslagen te lezen in de Handelingen der Nederlandsche Juristenvereeniging deel XIV, 1883, waarvan ik hierboven den korten inhoud heb trachten weer te geven, geoorloofd is een enkele opmerking te maken, dan zou ik met alle bescheidenheid meenen dat genoemde juristen door deze beslissing wel wat veel in 't tegenovergestelde uiterste vervallen zijn, daar zij ongeveer hierop neerkomt: „dat bijzondere rechtsvoorschriften van materieelen of formeelen aard ten behoeve van kooplieden geen reden van bestaan meer hebben."

Naar mijne bescheiden meening toch is ook hier de gulden middenweg de beste en de veiligste, en ligt de waarheid tusschen deze 2 uiterste stellingen: „Een afzonderlijk wetboek van koophandel is absoluut vereischte en zulk een wetboek is geheel onnoodig." Immers hoe wenschelijk ook eene algeheele vereeniging van handels en burgerlijk recht in theorie zijn moge, toch zal eene volkomen gelijkstelling van beide practisch onmogelijk blijken te zijn. Naar mijne zeer bescheiden meening heeft men zich dus te houden aan 't door den heer FRUIN gesproken woord: „Voor die rechtsbetrekkingen, welke de handel in het leven roept, wensch ik bijzondere bepalingen, al wil ik die ook in het gewone privaatrecht eene plaats geven. Maar bij de regeling der betrekkingen, die, ja ook voor den handelaar, gelijk voor elk ander, bestaan, maar die niet de handel alleen in het leven roept, wil ik geen verschil hebben gemaakt tusschen koopman en niet-koopman" [1]).

---

1) Zie Themis 1884 bl. 176.

Immers 't feit dat in den handel, eene gewoonte zich door de frequentia actuum sneller ontwikkelt dan in 't burgerlijk recht, zal, zoo burgerlijk en handelsrecht tot één vereenigd zijn, noodzakelijk een van deze 2 gevolgen hebben: dat óf in 't burgerlijk recht eene instelling wordt ingevoerd, waaraan daar nog geen behoefte bestaat, en waardoor dus 't burgerlijk recht buiten noodzaak wordt uitgebreid, óf dat 't handelsrecht achterlijk wordt aan de maatschappelijke behoeften, doordat men het gelijken tred doet houden met het burgerlijk recht, dat nog geen wijziging behoefde. Aangenomen derhalve dat er redenen bestaan om handels- en burgerlijk recht in hoofdzaak gelijk te stellen, zou men met één wetboek kunnen volstaan, waarin de uitzonderingen door den handel noodzakelijk gemaakt, tevens waren opgenomen.

Dat ook Endemann die groote beweeglijkheid van het handelsrecht erkent en daarmee zijn invloed op het gewone civielrecht, blijkt ons uit hetgeen hij zegt op bl. 16, deel I, van zijn Handbuch des Deutschen Handelsrechts: „Kann daher das privat Handelsrecht nicht anders denn als ein Bestandtheil des Civilrechts betrachtet werden, so erweist es sich als derjenige Zweig des bürgerlichen Rechts, der, dank der Rührichkeit des Handels, am meisten mit der Entwicklung des realen Lebens Schritt gehalten hat und am meisten den Forderungen der Gegenwart entspricht. Nothwendig übt die Gestaltung des Handelsrechts auch wieder ihre Rückwirkung auf das andere Civilrecht. Durch diesen Einfluss und durch zeitgemässe Reform des allgemeinen bürgerlichen Rechts muss mithin die Verschiedenheit immermehr verwischt und die Wiedervereinigung des Handelsrechts mit dem bürgerlichen Recht herbeigeführt werden."

Dat ook MITTERMAIER het verschil tusschen handels- en burgerlijk recht meer wil doen verdwijnen, blijkt ons uit hetgeen hij zegt in het Archiv fur die Civilistische Praxis n°. XXXVII, bl. 288 waar hij er op wijst dat de Gewerbs- en Handelsverhältnisse zich werkelijk gewijzigd hebben. waarom Oostenrijk en Pruisen de Concursordnung niet tot kooplieden beperkt hebben.

Resumeeren wij derhalve het voorgaande, dan moet onze conclusie die zijn, welke door Prof. FRUIN zoo duidelijk en kernachtig werd weergegeven, en die hierboven op bl. 22 door mij vermeld is.

Kunnen wij derhalve, wat betreft de oplossing der algemeene vraag: „Is het noodig, is het wenschelijk om tusschen handelsrecht en burgerlijk recht langer te onderscheiden en ze tot voorwerpen van afzonderlijke wettelijke regeling te maken?" ons volkomen vereenigen met de oplossing, welke Prof. FRUIN hiervan gegeven heeft, laat ons dan nu in verband met ons onderwerp het kennelijk onvermogen en met die beslissing voor oogen trachten op te lossen de meer speciale vraag: „Is het noodig, is het wenschelijk, om bij de voorzieningen in geval van onvermogen, langer te blijven onderscheiden tusschen faillissement en kennelijk onvermogen of kan men met één regeling volstaan, geldende zoowel voor den koopman als voor den nietkoopman?"

Vooral in verband met het nieuwe Ontwerp op het faillissement en de surséance van betaling komt ons deze vraag belangrijk voor, daar genoemd Ontwerp, blijkens bl. 59 der M. v. T., het faillissement niet tot kooplieden beperkt, maar het toepasselijk maakt op iederen schuldenaar.

Laat ons derhalve in het volgend hoofdstuk trachten aan

te toonen 't overbodige van een afzonderlijke regeling van 't kennelijk onvermogen naast het faillissement en als gevolg daarvan 't nut van het nieuwe Ontwerp, dat de afzonderlijke regeling van 't kennelijk onvermogen uit onze wet wil doen verdwijnen, door elken schuldenaar (dus ook den niet-koopman) aan het faillissement te onderwerpen.

Ter oplossing dezer vraag zullen wij de voornaamste bepalingen omtrent 't kennelijk onvermogen vergelijken met de daarmee correspondeerende van het fallissement, waarop zij een uitzondering zijn. Wanneer wij er dan in slagen om door dit vergelijk 't ongemotiveerde dier uitzonderingen aan te toonen, dan voorzeker meen ik dat wij boven vermelde vraag over de al of niet wenschelijkheid van een afzonderlijke regeling van 't kennelijk onvermogen naast het faillissement beantwoord hebben, niet alleen in den zin van de thans ook in het buitenland hieromtrent algemeen heerschende meening, maar ook in dien van onze nieuwe ontwerpers, en dat wij met vreugde den tijd kunnen te gemoet zien, waarin het nieuwe Ontwerp tot wet verheven, zoowel den koopman als den niet-koopman beheerschende, geheel Nederland tot nut en onze wetgeving tot sieraad zal strekken.

DERDE HOOFDSTUK.

Vergelijkend overzicht der voornaamste bepalingen rakende het kennelijk onvermogen en de daarmee correspondeerende van het faillissement en van het Ontwerp Staatscommissie 1879.

Daar, zooals ik reeds hiervoren zeide, het nieuwe Ontwerp een afzonderlijke regeling van 't kennelijk onvermogen uit onze wet wil doen verdwijnen, door het faillissement zoowel op den koopman als op den niet-koopman toepasselijk te verklaren [1]), meen ik het nut dier voorgestelde regeling niet beter en niet duidelijker te kunnen aantoonen dan door uit een vergelijkend overzicht der voornaamste bepalingen rakende 't kennelijk onvermogen en de daarmee correspondeerende over het faillissement, waarop zij uitzonderingen zijn, te trachten te bewijzen, dat genoemde uitzonderingen

---

1) Men zie art. 1 en de M. v. T. op genoemd Ontwerp, waar wij op bl. 59 lezen: »Het Ontwerp beperkt het faillissement niet tot kooplieden, maar maakt het toepasselijk op iederen schuldenaar."

ongemotiveerd zijn en dus terecht door het nieuwe Ontwerp worden opgeheven.

Laat ons hiertoe beginnen met het eerste artikel over 't kennelijk onvermogen, nl. met artikel 882 Wetb. van Burgerl. Rechtsv. Wanneer wij genoemd artikel vergelijken met zijn pendant in het Wetb. van Kooph., dan vallen ons belangrijke verschilpunten in 't oog. Die verschilpunten betreffen:

1°. De personen ten opzichte van wie de voorziening plaats heeft.

2°. De redenen, die tot de voorziening aanleiding geven.

3°. De bevoegdheid van den rechter om de voorziening te doen intreden.

4°. De bevoegdheid om de voorziening te vragen.

Ten opzichte van het sub 1° genoemde verschilpunt, nl. „de personen ten opzichte van wie de voorziening plaats heeft, geldt: dat het faillissement (behoudens de uitzondering gemaakt door art. 18.3° der wet op de coöp. vereenigingen van 17 Novemb. 1876 Stbl. n°. 227) alleen toepasselijk is op kooplieden, terwijl het kennelijk onvermogen alleen voor niet-kooplieden geldt.

Door hetgeen ik verder in dit hoofdstuk zal vermelden, hoop ik aan te toonen, dat dit verschil geen reden van bestaan heeft en dat men met één regeling, nl. het faillissement, geldende zoowel voor den koopman als voor den niet-koopman, kan volstaan.

Terecht heft dan ook art. 1 van het nieuwe Ontwerp dit verschil op door voor het woord „koopman", in art. 764 Wetb. van Kooph. en voor de woorden: „iemand niet tot den handelstand behoorende", in art. 882 Wetb. v. Burgerl. Rechtsv. het algemeene woord „schuldenaar" in de plaats te stellen, daar dit woord het faillissement doet slaan zoowel

op den koopman als op den niet-koopman, zooals ook blijkt uit de M. v. T. op genoemd Ontwerp, waarin wij op bl. 59 lezen: „Het Ontwerp beperkt het faillissement niet tot kooplieden, maar maakt het toepasselijk op iederen schuldenaar", en iets verder: „Het zal in elk geval moeilijk ontkend kunnen worden, dat er geen voldoende grond bestaat waarom de wet bij het onvermogen van kooplieden andere voorzieningen zoude voorschrijven dan bij dat van niet-kooplieden"; terwijl wij eindelijk op bl. 60 der M. v. T. nog lezen: „Het gewichtigste punt van verschil wordt gevonden in de artt. 764 Wetb. van Kooph. en 883 Wetb. van Burgerl. Rechtsv. Dit te bestendigen kan op goede gronden niet verdedigd worden."

Genoemde uitbreiding nu van het faillissement ook tot niet-kooplieden mag een groote verbetering genoemd worden, en dat wel in de eerste plaats omdat zij ons een schrede nader brengt bij de gelijkstelling van kooplieden en particulieren, welke gelijkstelling, zooals wij boven zagen, in het algemeen wenschelijk is, en in de tweede plaats omdat daardoor vermeden worden de vele en lastige processen over de vraag: of een bepaald persoon koopman was of niet en dientengevolge of verklaring in staat van faillissement of in staat van kennelijk onvermogen moest plaats hebben [1]).

Ad 2um: „De redenen, die tot de voorziening aanleiding geven."

---

1) Zoo lezen wij bij Mr. Kist, „Beginselen van handelsrecht", deel I, bl 21: „In Frankrijk en bij ons bestaat er verschil over de vraag, of boekhandelaars, uitgevers en drukkers kooplieden zijn," terwijl ook bij photografen, kunstenaars, schilders en beeldhouwers de beantwoording dier vraag niet van moeilijkheid is ontbloot.

Ook hierbij valt ons een groot verschil in het oog tusschen faillissement en kennelijk onvermogen.

Immers voor kooplieden wordt voor de verklaring in staat van faillissement alleen geëischt een ophouden van betalen onder zoodanige omstandigheden, dat hun crediet als koopman daardoor geschokt is, onverschillig of dat ophouden van betalen een gevolg is van een niet willen of niet kunnen betalen [1]), natuurlijk altijd onder die mits dat genoemd niet willen betalen niet berust op eenige wettige reden, maar alleen uit willekeur geschiedt. In staat van kennelijk onvermogen daarentegen kan alleen hij verklaard worden, die werkelijk en blijkbaar buiten staat is om zijne schulden te betalen en die dus werkelijk onvermogend is, terwijl dit blijkbaar buiten staat zijn om zijne schulden te betalen nog bovendien moet aangetoond worden door het aanwezig zijn van een der vereischten genoemd, in art. 883 Wetb. van Burgerl. Rechtsv.

Bij kooplieden dus faillietverklaring, wanneer het niet willen of niet kunnen betalen gebleken is uit welke omstandigheden ook; bij niet-kooplieden verklaring in staat van kennelijk onvermogen, zoo zij blijkbaar buiten staat zijn om te betalen en zij zich daarenboven bevinden in een der gevallen, genoemd in art. 883 Wetb. van Burgerl. Rechtsv.

Vanwaar dit verschil?

Volgens Mr. LIPMAN: („Wetb. van Burgerl. Rechtsvord. bl. 336") is de doorgaans geheel verschillende aard der gemaakte schulden van den koopman en van hem die niet

---

1) Zie HOLTIUS, »Nederl. Faillietenrecht", bl. 51 noot 1, waar wij o. a. lezen: „Het onderzoek of men al of niet zijne schulden betalen kan is en blijft hierbij voorshands buiten aanmerking.

tot den handelstand behoort de reden waarom men hier van de bepalingen omtrent het faillissement is afgeweken.

Is dit echter een voldoende reden, m. a. w. bestaat er zulk een verschil tusschen den aard der schulden van den koopman en die van den niet-koopman, dat men daarom de eischen voor het kennelijk onvermogen zooveel zwaarder moest stellen dan die voor het faillissement?

Naar mijne bescheiden meening moet het antwoord hierop ontkennend zijn.

Immers het is op geen enkele wijze te rechtvaardigen waarom in geval van onvermogen de particulier zoozeer boven den koopman moet bevoorrecht zijn, dat voor eerstgenoemde niet alleen vereischt wordt dat hij blijkbaar buiten staat is om te betalen, maar nog bovendien dat hij zich bevinde in een der gevallen in art. 883 Wetb. van Burgerl. Rechtsv. genoemd; terwijl krachtens art. 764 Wetb. van Kooph. van den koopman slechts een ophouden met betalen geëischt wordt.

Beide instellingen toch dienen om art. 1177 Burgerl. Wetb. niet illusoir te maken, om de par conditio creditorum te bevorderen en te behartigen en er is geen enkel motief aan te voeren waarom men de crediteuren van den particulier zou achterstellen bij die van den koopman.

De heer De Montluc denkt hierover evenzoo, ten opzichte van het Fransche recht, zooals blijkt uit hetgeen hij zegt op bl. 577 in een opstel opgenomen in de „Revue de droit international et de législation comparée" waar wij lezen:

„Ou bien la loi est trop indulgente envers lui (nl. le non-commerçant), ou bien elle est trop rigoureuse envers le commerçant."

Naar mijne bescheiden meening echter kan men èn voor

den koopman èn voor den niet-koopman hier dezelfde eischen stellen voor het intreden van de voorziening door voor beiden te eischen „een ophouden met betalen."

Terecht heft dan ook art. 1 van het nieuwe Ontwerp dit verschilpunt op tusschen faillissement en kennelijk onvermogen, door eensdeels zoowel den koopman als den niet-koopman aan het faillissement te onderwerpen, en door anderdeels voor beiden hetzelfde te eischen voor de failliet-verklaring, nl. 't ophouden van betalen door den schuldenaar, d. w. z. het objectieve, naakte feit van het niet-voldoen van opeischbare schulden, waarvan de betaling gevorderd wordt, zonder aanvoering van redenen of wel op grond van het niet kunnen betalen. Het eene zoowel als het andere, niet alleen het laatste. Het niet willen betalen heeft evenzeer als het niet kunnen ten gevolge, dat de schuldeischers niet voldaan worden, beiden roepen den concursus in 't leven waarin het raison d'être van het faillissementsbeslag is gelegen [1]).

Laat ons nu overgaan tot 't sub 3^0 genoemde verschilpunt tusschen faillissement en kennelijk onvermogen, nl. dat hetwelk betreft de bevoegdheid van den rechter om de voorziening te doen intreden.

Vanwaar toch dit verschil? m. a. w. waarom is naar art. 764 Wetb. van Kooph. de rechter verplicht om de faillietverklaring uit te spreken, zoo de koopman heeft opgehouden te betalen, en heeft de rechter in geen verder onderzoek naar eenige omstandigheden of bijzonderheden te treden, terwijl naar art. 882 Wetb. van Burgerl. Rechtsv. 't aan den rechter is overgelaten om voor den particulier,

---

1) Zie M. v. T. op het nieuwe Ontwerp, bl. 74.

al verkeert hij ook in het geval om naar de wet in staat van kennelijk onvermogen te kunnen worden verklaard, uit te maken in hoeverre daartoe termen bestaan?

Waarschijnlijk omdat de wetgever gemeend heeft, dat er voor niet-kooplieden gevallen kunnen bestaan, waarin een onderhandsche afdoening van zaken verkieslijker is, zelfs dan, als naar streng recht de vereischten voor het kennelijk onvermogen aanwezig zijn [1]).

Vermoedelijk zal ook hierbij niet zonder invloed geweest zijn de overweging, dat wanneer een feitelijk ophouden van betalen heeft plaats gehad, er een einde moest gemaakt worden aan het nog voortdurend verschaffen van crediet aan kooplieden, om zoodoende de crediteuren de dupe te maken; terwijl dat gevaar in veel minder mate bestaat bij niet-kooplieden.

Naar mijne bescheiden meening kan echter op geen dezer bovengenoemde gronden de vrijheid van den rechter gerechtvaardigd worden, en zoo acht ik den eersten grond verwerpelijk, omdat ik geen reden vind om zelfs al ware 't verkieslijker om in een bepaald geval de verklaring in staat van kennelijk onvermogen niet uit te spreken, het onbillijk is tegenover de schuldeischers om zoo naar streng recht de vereischten van het kennelijk onvermogen aanwezig zijn, dien staat niet te doen uitspreken,

Evenmin als den eersten kan ik ook den tweeden grond billijken.

Immers aangenomen dat 't in zaken van koophandel meer aankomt op crediet dan in gewone burgerlijke zaken, zoo kan men toch niet ontkennen, dat ook bij deze laatste het

---

1) Zie DE PINTO, Burgerl. Rechtsvord. II. bl. 959.

crediet geen onbelangrijke rol speelt, waarom ik 't ook in die zaken wenschelijk acht dat een einde worde gemaakt aan het voortdurend verschaffen van crediet.

Niet alleen echter om deze redenen acht ik het verschil dat er krachtens art. 764 Wetb. van Kooph. en 882 Wetb. van Burgerl. Rechtsv. bestaat tusschen de bevoegdheid van den rechter om de voorziening te doen intreden ongemotiveerd, maar vooral in verband met 't sub 2° genoemde verschil tusschen beide instellingen, nl. „de redenen die tot de voorziening aanleiding geven".

Waarom toch moet op tweeërlei wijzen 't uitspreken van den staat van kennelijk onvermogen meer belemmerd worden dan dat van dien van faillissement, en moet ten gevolge daarvan de particulier op dubbele wijze boven den koopman begunstigd worden? nl.:

1°. Door de verklaring in staat van kennelijk onvermogen afhankelijk te stellen van een der voorwaarden in art. 883 Wetb. van Burgerl. Rechtsv. genoemd, en de verklaring in staat van faillissement niet.

2°. Door de bevoegdheid van den rechter om den staat van onvermogen te doen intreden bij den particulier facultatief en bij den koopman imperatief te stellen.

Niet aldus echter denkt Mr. Penning over de beteekenis van 't woord „kan" in art. 882 Wetb. van Burgerl. Rechtsv. Volgens hem toch is hier de al of niet verklaring in staat van kennelijk onvermogen volstrekt niet overgelaten aan het arbitrium judicis, maar zal deze den schuldeischer zijn verzoek moeten toewijzen, zoo deze bewijst dat de bij de wet gestelde voorwaarden werkelijk bestaan.

Zijn conclusie is dan deze: „dat het woord „kan" de

beteekenis heeft dat het. verzoek **kan** worden gedaan en **moet** toegewezen, indien het valt in de termen der wet.

Mr. PENNING voert hiervoor twee argumenten aan:

1°. Dat de rechter anders (nl. zoo hij in dit geval de toewijzing van het verzoek weigerde) zijne meening zou stellen in de plaats der wet.

2°. Dat daardoor de verzoeker de kosten zou moeten betalen van een rechtmatig verzoek en gevaar loopen, dat anderen den boedel sloopten alvorens hij vonnis kon hebben verkregen.

Wat betreft 't sub 1° genoemde argument, dit gaat naar mijne bescheiden meening volstrekt niet op.

Hoe toch kan er sprake van zijn dat de rechter zijne meening in de plaats der wet zou stellen, zoo hij niets doet dan de wet, zooals zij daar voor hem ligt, letterlijk toepassen?

Veeleer zou ik meenen, dat de rechter, die hier de interpretatie des heeren PENNING volgde, zich aan dit euvel schuldig maakte. Zoo ooit, dan geloof ik dat op deze interpretatie de bekende woorden toepasselijk zijn: „Cum in verbis nulla ambiguitas non est admittenda voluntatis quaestio." Waar toch moet het heen met de zekerheid van ons geschreven recht, zoo men, zelfs daar, waar de wet duidelijk op een tegenstelling wijst, zooals zij 't hier doet, door het bezigen van twee verschillende uitdrukkingen **wordt** en **kan**, deze beide aan elkaar gelijk gaat maken door eenvoudig er iets anders uit te lezen dan er werkelijk staat?

Veel meer sympathie heb ik voor 't sub 2° aangevoerde argument.

Hiervan toch kan men de waarheid bezwaarlijk ontkennen wat echter niet belet dat men zich daarom toch aan de wet

te houden heeft en men niet om een ongewenscht gevolg van hare toepassing te vermijden er iets anders uit mag lezen dan er werkelijk in geschreven staat. Lex dura sed ita scripta.

Ik vereenig mij daarom veel liever met de meening van Mr. DE PINTO (Rechtsv. II, bl. 959): dat art. 882 Wetb. van Burgerl. Rechtsv. den rechter facultatief toekent wat art. 764 Wetb. van Kooph. hem imperatief oplegt, daar het toch niet aan te nemen is, dat de wet, zoo zij in beide gevallen hetzelfde gewild had, zich van zoo geheel verschillende uitdrukkingen zou hebben bediend.

Resumeeren wij derhalve 't voorgaande, dan meen ik te mogen besluiten, dat er wel degelijk verschil bestaat tusschen 's rechters bevoegdheid om het faillissement en die om het kennelijk onvermogen te doen intreden, doch dat dit verschil geen reden van bestaan heeft.

Gelukkig dan ook heft art. 1 van het nieuwe Ontwerp ook dit verschil op door 's rechters bevoegdheid tot het uitspreken van het faillissement zoowel van den koopman als van den niet-koopman imperatief te maken [1]).

---

1) Ook Mr. WEVE verklaart zich in een opstel in Themis van 1872, bl. 114 voor een gelijke toekenning van bevoegdheid des rechters om het faillissement resp. kennelijk onvermogen te doen intreden; hierin komt hij dus in gevoelen met ons overeen. Hij wijkt daarvan echter af omdat hij voorstelt 's rechters bevoegdheid tot het uitspreken van dien staat, niet voor beide gevallen imperatief maar facultatief te maken. Zoo lezen wij t. a. p.: „Gaarne zou ik in art. 764 Wetb. van Kooph. in plaats van „wordt" „kan worden" willen lezen. Meermalen zou alsdan eene failliet verklaring worden afgewezen in gevallen, waarin, bij gebreke van actief van eenig aanbelang, geen enkele schuldeischer voordeel heeft bij de vereffening des boedels, ja zelfs de vereffening geen plaats kan hebben en zoowel de be-

En eindelijk wat betreft het 4de verschilpunt tusschen faillissement en kennelijk onvermogen nl. „de bevoegdheid om de voorziening te vragen" komt hierin uit dat de faillietverklaring ook nog kan plaats hebben op requisitoir van het Openb. Ministerie wat bij kennelijk onvermogen is uitgesloten. Vanwaar dit verschil?

Zeer verschillende redenen worden opgegeven voor de toekenning der bevoegdheid van het O. M. om de faillietverklaring te vorderen.

Laat ons die redenen derhalve even nagaan en zien of zij als argumenten kunnen gelden om op grond daarvan het O. M. uit te sluiten om de verklaring in staat van kennelijk onvermogen te vorderen.

Volgens het oordeel van de meerderheid der schrijvers is de reden waarom bij faillissement het O. M. bevoegd is om de verklaring in dien staat te vorderen deze: Om te waken voor de toepassing en handhaving van de strafwet, opdat niet de handhaving daarvan afhankelijk zou worden gesteld van het initiatief van schuldenaar of schuldeischers, daar een der elementen van de eenvoudige en bedrieglijke bankbreuk (artt. 340 en 341 S. W.) is: „de faillietverklaring" en het O. M. hier dus onbevoegd tot vervolging zou zijn, zoo

noemde curator als de griffier er hunne verschotten bij inschieten, wat ik nog dezer dagen heb zien gebeuren."

Hoe afdoende dit argument van Mr. WEVE ook moge zijn voor ons thans bestaande recht; jure constituendo zal dit argument — dank zij de bepalingen van artt. 16—18 van het nieuwe Ontwerp — niet meer opgaan, daar genoemde artikelen de twee gevaren, waarvoor Mr. WEVE zoo te recht vreesde, voorkomen niettegenstaande art. 1 van het Ontwerp zoowel voor den koopman als voor den niet-koopman, den rechter de faillietverklaring niet facultatief toestaat maar imperatief oplegt. (Zie M. v. T. bl. 89 en 90).

deze door de nalatigheid van schuldenaar of schuldeischers achterwege was gebleven.

Sinds de invoering van ons nieuwe S. W. bestaat echter juist dezelfde reden om ook bij kennelijk onvermogen aan het O. M. de bevoegdheid toe te kennen, om dien staat te doen intreden daar wij nu in art. 346 S. W. een artikel hebben, dat ten opzichte van den particulier dezelfde handelingen strafbaar stelt, die art. 341 S. W. onder den naam van bedrieglijke bankbreuk ten opzichte van den koopman met straf bedreigt.

Aangezien nu dus, dank zij de invoering van ons nieuwe S. W., zoowel bij de verklaring in staat van faillissement als bij die in kennelijk onvermogen het noodig en wenschelijk is, dat de toepassing en werking der strafwet niet afhankelijk worde gesteld van het initiatief van schuldenaar of schuldeischers, bestaat er naar mijne bescheiden meening geen enkele reden om op dezen grond het O. M. uit te sluiten van de bevoegdheid om de verklaring in staat van kennelijk onvermogen te vorderen.

Men leide hieruit echter niet af, dat ik hiermee gezegd zou willen hebben dat men het onzen wetgever van '38 als een verwijt moet aanrekenen dat hij in art. 882 Wetb. van Burgerl. Rechtsv. het O. M. uitsloot van de bevoegdheid om de verklaring in staat van kennelijk onvermogen te vorderen. Immers te recht zegt Prof. VAN BONEVAL FAURE: „Men moet de wet beoordeelen naar het tijdstip waarop zij gemaakt is" en nu kan men het onzen wetgever voorzeker niet kwalijk nemen, dat hij in '38 niet zorgde voor de toepassing van een artikel van ons nieuwe S. W., dat eerst in '86 in werking is getreden. (art. 475 S. W. j°. 2 Inv. Wet).

Het eenige onbegrijpelijke is, dat men in onze vroegere

strafwetgeving een bepaling als die van artikel 346 S. W. miste m. a. w. dat men in onze vroegere strafwetgeving niet had een strafbepaling voor den niet-koopman, die in kennelijk onvermogen is geraakt correspondeerende met die voor den koopman die failliet verklaard is.

Dat ook de ontwerpers van ons nieuwe S. W. die leemte gevoelden blijkt ons uit SMIDT, deel III, bl. 24 waar wij in de M. v. T. op art. 346 S. W. lezen: „Er bestaat geenerlei reden om hem die daarbij (bij den concursus creditorum), ter bedrieglijke verkorting van de rechten der schuldeischers handelingen pleegt die in den koopman als bedrieglijke bankbreuk strafbaar zouden zijn, ongestraft te laten.

Ook de heer DE MONTLUC wijst in een opstel in de Revue de droit international et de législation comparée Tome I, pag. 578 op het ongerijmde van de niet toepasselijkheid der bepalingen omtrent het banqueroute op den état de déconfiture met deze woorden: „Quant à ce qui a trait aux faits qui caractérisent la banqueroute, il est manifeste qu'un non commerçant peut s'en rendre coupable tout aussi bien qu'un commerçant, qu'il s'agisse par exemple, de dissimulation d'une certaine partie de son avoir, ou de folles dépenses, etc. Ne serait-il pas juste d'égaliser la situation et d'abolir absolument les peines que la loi prononce en pareil cas contre le commerçant, si l'on ne veut pas ajouter encore de la rigueur à une loi pénale dejà bien sévère, en déclarant la banqueroute crime ou délit, même à l'egard du non-commerçant?"

Gaat derhalve het argument betreffende de taak van het O. M. om te zorgen voor de toepassing en handhaving der strafwet om de hierboven vermelde redenen niet op, daar,

dank zij ons nieuwe S. W. het O. M. ook bij kennelijk onvermogen diezelfde taak heeft, evenmin gaat naar mijne bescheiden meening op het argument dat Mr. LIPMAN aanvoert voor de uitsluiting van het O. M. om de verklaring in staat van kennelijk onvermogen te vorderen.

Als grond toch voor die uitsluiting geeft Mr. LIPMAN aan: Dat het onnoodig was om hier evenals in het Wetb. van Kooph. aan het O. M. ambtshalve de vordering tot onvermogendverklaring op te dragen, welke het in handelsgevallen geacht moet worden in te stellen als de wettelijke vertegenwoordiger van de ver verwijderde schuldeischers.

En waarom niet? Omdat, naar zijne meening de niet-koopman in tegenstelling van den koopman zijne voornaamste schuldeischers heeft op de plaats zijner inwoning en deze derhalve zijne gangen genoegzaam kunnen nagaan [1]).

In vele gevallen moge dit waar zijn, doch in zeer vele gaat deze redeneering niet op. Men denke slechts aan den grooten omzet der Parijsche mode-artikelen waarvan toch niemand kan ontkennen dat deze ook door vele particulieren buiten Parijs wonende gekocht worden.

Ik meen derhalve dat een uitsluiting van het O. M. op den door Mr. LIPMAN aangevoerden grond niet te rechtvaardigen is daar zoowel de koopman als de niet-koopman dikwijls zijne crediteuren niet op de plaats zijner inwoning zal hebben.

Bestaat er derhalve geen enkele reden om dit verschil tusschen faillissement en kennelijk onvermogen betreffende de bevoegdheid van het O. M. om het te vorderen nog langer te handhaven, dan geloof ik dat wij ook hierom het

---

1) Zie LIPMAN: Wetb. van Burgerl. Rechtsv. bl. 386 en 387.

nieuwe Ontwerp kunnen prijzen omdat het in art. 1 de bevoegdheid van het O. M. om de failliet verklaring te vorderen, ook tot den niet koopman uitbreidt, door ook hem aan het faillissement te onderwerpen.

Niet alleen hierdoor echter verruimt het nieuwe Ontwerp de bevoegdheid van het O. M. maar ook nog daardoor, dat het zijn recht om de failliet verklaring te requireeren niet langer beperkt tot de gevallen, dat de schuldenaar voortvluchtig is zonder orde op zijne zaken te hebben gesteld of bezig is zijne goederen te verduisteren.

Voor dergelijke beperking, zoo zegt bl. 75 der M. v. T., is geen voldoende reden aan te geven; ook buiten de genoemde feiten zijn er nog vele andere kwade praktijken en strafbare handelingen, waaraan de schuldenaar zich bij staking van betaling schuldig kan maken en die het optreden van het O. M. rechtvaardigen.

Een vijfde verschilpunt tusschen faillissement en kennelijk onvermogen vloeit voort uit art. 887, lid 2, Wetb. van Burgerl. Rechtsv. dat de bepalingen omtrent het O. M. vervat in art. 791 Wetb. v. Kooph. uitsluit bij kennelijk onvermogen.

Daar dit echter slechts een gevolg is van de hierboven sub 4°. besproken uitsluiting van het O. M. om te vorderen de verklaring in staat van kennelijk onvermogen, kunnen wij voor dit verschilpunt voor zoover betreft ons thans geldende recht tusschen beide voorzieningen, naar het hierboven meegedeelde verwijzen, daar natuurlijk bij het kennelijk onvermogen van geen verzet of hooger beroep als gevolg der verklaring in dien staat door het O. M. kan sprake zijn, omdat het O. M. hierbij de bevoegdheid mist om haar te vorderen in eersten aanleg.

Ook dit vijfde verschilpunt tusschen faillissement en ken-

nelijk onvermogen voortvloeiende uit art. 887, lid 2, Wetb. van Burgerl. Rechtsv. heft artt. 8—10 van het nieuwe Ontwerp op, daar krachtens art. 1 van genoemd Ontwerp en bl. 59 der M. v. T. het faillissement op elken schuldenaar dus ook op den niet-koopman toepasselijk is, en hierbij voor laatstgenoemden geen afwijkende bepalingen zijn gemaakt.

Het Ontwerp doet echter meer dan dit verschil tusschen faillissement en kennelijk onvermogen opheffen, daar het nog deze wijzigingen in ons bestaande recht brengt, met name in art. 791 Wetb. van Kooph.:

1°. Dat de termijn van het hooger beroep van 14 op 3 dagen is gebracht, uitgezonderd het recht van hooger beroep in art. 9 Ontwerp toegekend aan den schuldenaar bij afwijzing zijner aangifte tot faillietverklaring. (art. 791 Wetb. van Kooph. lid 2 en 4 en art. 8 Ontwerp lid 1 en 3.)

2°. Dat de termijn van het verzet van 14 dagen is gebracht op 8 dagen (art. 791 Wetb. van Kooph. lid 3 en art. 8 Ontwerp lid 2).

3°. Dat art. 8 in lid 4, 5 en 6 en artt. 4, 6 en 8 van het nieuwe Ontwerp ook aangeven de wijze waarop het verzet, hooger beroep en de eisch tot cassatie tegen een vonnis of arrest van faillietverklaring worden ingesteld, welke bepalingen art. 721 W. v. K. niet bevat.

4°. Dat men in het nieuwe Ontwerp mist de bepaling van art. 791 lid 7 W. v. K., hetwelk aan „alle andere schuldeischers" (d. w, z. aan hen die geene aanvrage deden tot faillietverklaring) „en alle belangbebbenden" toekent het recht van verzet tegen de faillietverklaring.

Wat is de reden waarom men bovengenoemde wijzigingen heeft voorgesteld?

Het antwoord hierop vinden wij in de M. v. T. op het nieuwe Ontwerp, bl. 83 en vlg., waar wij lezen: „De practijk leert echter dat het beoogde doel (nl. eene procedure die voldoet aan de behoefte van het verkeer en de eischen der rechtszekerheid, waardoor eene aangevraagde faillietverklaring niet maanden lang slepende kan gehouden worden) niet dan zeer onvolkomen bereikt is. Het Ontwerp gaat daarom in de artt. 8—10 nog een stap verder dan het W. v. K., en tracht door een zeer summieren rechtsgang voor te schrijven eene spoedige afdoening en eindbeslissing ook bij de hoogere colleges te verzekeren.

Ook de bepalingen aangevende de wijze waarop het hooger beroep en de eisch tot cassatie tegen een vonnis of arrest van faillietverklaring worden ingesteld hebben eveneens ten doel om eene spoedige afdoening zooveel mogelijk te verzekeren.

Het recht van verzet tegen de faillietverklaring, dat art. 791, 7de lid W. v. K. toekent aan „alle schuldeischers" (d. w. z. aan hen die geen aanvrage deden tot faillietverklaring) en alle belanghebbenden" is in het nieuwe Ontwerp vervallen, daar, zooals bl. 85 der M. v. T. zegt: „dat rechtsmiddel door niemand gemist zal worden."

Immers: voor de schuldeischers is dat rechtsmiddel volgens het Ontwerp overbodig, omdat van benadeeling van dezen of genen schuldeischer geen sprake meer kan zijn, daar het faillissement een maatregel is in het belang van alle schuldeischers, terwijl men 't ook aan „alle belanghebbenden" niet behoeft toe te kennen, als voorbeeld waarvan gewoonlijk wordt aangehaald de medecontractant bij

eene overeenkomst, die ten gevolge der faillietverklaring nietig wordt (art. 774 W. v. K), daar deze volgens het Ontwerp niet meer voorkomen, omdat geen handelingen van den schuldenaar meer absoluut nietig zullen zijn (zie M. v. T. bl. 124), en andere handelingen zich moeilijk laten denken.

Een zesde verschilpunt tusschen faillissement en kennelijk onvermogen is daarin gelegen, dat krachtens art. 767 W. v. K. de boedel van een overleden koopman kan worden verklaard in staat van faillissement, terwijl de boedel van een overleden particulier niet in staat van kennelijk onvermogen kan worden verklaard.

Immers eensdeels vinden wij nergens in 't Wetb. v. Kooph. eene bepaling, regelende de verhouding van dit wetboek tot het Wetb. van Burgerl. Rechtsv., zooals die welke de verhouding in art. 1 al. 1 W. v. K. regelt tusschen dit wetboek en 't Burgerl. Wetb., en anderdeels zijn in den titel over het kennelijk onvermogen steeds opgegeven, welke bepalingen van het faillissement daarbij niet, welke daarbij wèl toepasselijk zijn, zoodat men bij gemis eener dergelijke bepaling bij 't kennelijk onvermogen als art. 767 bevat voor het faillissement, mag aannemen dat genoemd artikel bij 't kennelijk onvermogen niet geldt.

Ik meen te meer tot deze conclusie te mogen komen, omdat blijkens VOORDUIN, deel X, bl. 663, de vraag of de boedel van een overleden koopman in staat van faillissement kon verklaard worden, zoowel in 't Fransche recht als in 't Ned. Wetb. van 1830 onopgelost is gelaten en eerst later toestemmend is beantwoord.

Aangezien de bepaling van art. 667 W. v. K. dus eenigszins als een uitzondering is te beschouwen, en dus niet voor

uitbreiding vatbaar is, zoo geloof ik dat analogische toepassing van art. 667 W. v. K. bij kennelijk onvermogen is uitgesloten.

Aangenomen dus dat de boedel van een overleden particulier niet kan worden verklaard in staat van kennelijk onvermogen, zoo doen de volgende vragen zich voor:

1°. Vanwaar dit verschil tusschen faillissement en kennelijk onvermogen?

2°. Heeft dit verschil reden van bestaan?

3°. Wat bepaalt hieromtrent het nieuwe Ontwerp?

Wat betreft 't sub 1° genoemde punt: de reden waarom wèl de boedel van een overleden koopman in staat van faillissement en niet die van een overleden particulier in staat van kennelijk onvermogen kan verklaard worden, heb ik nergens kunnen vinden, zoodat er waarschijnlijk geen reden voor is, en men 't alleen moet betreuren dat de schuldeischers van den particulier in dat geval achterstaan bij die van den koopman, iets dat niet alleen ongegrond, maar tevens onbillijk is.

Waarom toch kan krachtens art. 767 W. v. K. de boedel van een overleden koopman in staat van faillissement worden verklaard? Mr. DE PINTO (Handl. tot het W. v. K.) geeft hiervoor deze redenen op:

1°. Omdat de toestand der schuldeischers niet moet worden verslimmerd door den toevalligen dood van hunnen schuldenaar.

2°. Omdat de schuldeischers, niettegenstaande den dood van den schuldenaar, hetzelfde belang hebben niet alleen om den boedel op eene regelmatige en geregelde wijze te laten afdoen, maar vooral omdat zij door het faillissement het recht verkrijgen, zekere handelingen,

door hunnen schuldenaar verricht, te doen vernietigen (artt. 774—777 W. v. K.) [1]).

Juist dezelfde redenen echter kan men aanvoeren voor de inlassching eener analoge bepaling aan die van art. 767 W. v. K. in den titel over kennelijk onvermogen. Beide voorzieningen toch, zoowel het faillissement als 't kennelijk onvermogen, strekken om te behartigen de par conditio creditorum, en er is geen enkele reden te vinden, waarom men die gelijke behartiging van belangen wèl zou hebben zoo 't geldt de boedel van een overleden koopman en niet, zoo men te doen heeft met den boedel van een overleden particulier.

De niet toepasselijk verklaring van art. 767 W. v. K. op den staat van kennelijk onvermogen is te meer bevreemdend, omdat krachtens art. 891 Wetb. v. Burgerl. Rechtsv. ook de schuldeischers van den niet-koopman zich door een beroep op de artt. 773, 774 en 775 W. v. K. kunnen vrijwaren voor verdachte handelingen ten hunne nadeele door hunnen debiteur verricht, en er geen enkel motief voor te vinden is waarom zij dit recht moeten verliezen zoo de niet-koopman, die feitelijk in staat van kennelijk onvermogen verkeerde toen hij zijn schuldeischers benadeelde, overleden is.

Terecht heft het nieuwe Ontwerp ook dit verschil op tusschen faillissement en kennelijk onvermogen, daar de bepalingen, welke het hierover bevat in de artt. 206—211, op iederen schuldenaar, dus ook op den niet-koopman toepasselijk zijn. (Ontw. artt. 1 en 206 en M. v. T., bl. 59).

Niet alleen hierdoor echter verschilt het Ontwerp van

---

1) Zie hierover ook Mr. DE MARTINI: De Nederl. wetgeving, bl. 1167, noot 2.

ons bestaande recht, dat het zoowel den boedel van een overleden koopman als dien van een overleden particulier aan het faillissement onderwerpt, maar ook nog in de volgende opzichten wijkt 't van ons thans bestaande recht af:

1o. Dat art. 206 Ontwerp = art. 767 lid 1 W. v. K. faillietverklaring van den boedel eens koopmans niet alleen toelaat, wanneer deze, na opgehouden hebben te betalen, is overleden, maar hiertoe ook nog gelegenheid geeft, zoo de nalatenschap niet toereikend is ter betaling van de schulden des overledenen. De reden hiervan vinden wij in de M. v. T., bl. 242 en 243: „Omdat, zoo eerst na den dood de insolventie van den schuldenaar bleek, of deze staande voor 't feit zijne betalingen te moeten staken, zich van het leven beroofde, faillietverklaring krachtens art. 767 W. v. K. was uitgesloten, terwijl toch de schuldeischers hierbij een even groot belang hebben als wanneer het ophouden met betalen reeds gedurende diens leven was begonnen."

2o. Dat in art. 206 Ontwerp niet is opgenomen de uitdrukkelijke bepaling, dat de faillietverklaring gevraagd kan worden „om het even of de erfgenamen van het recht van beraad al dan niet gebruik maken, de erfenis zuiver of onder het voorrecht van boedelbeschrijving hebben aanvaard, dan of zij dezelve hebben verworpen", zooals thans in art. 767 W. v. K. gevonden wordt. Reden van die weglating is volgens bl. 245 M. v. T.: „omdat die bepaling geheel overbodig mag heeten, daar de algemeene woorden van art. 206 Ontwerp geen beperkende uitlegging dulden, omdat zij al de genoemde gevallen omvatten."

3°. Dat art. 207 Ontwerp = art. 767 lid 2 W. v. K. aan laatstgenoemde bepaling toevoegt: „de oproeping van bekende erfgenamen bij brieven van den griffier".

4°. Dat art. 209 Ontwerp als aanvangspunt van den termijn, waarbinnen de faillietverklaring moet worden gevraagd, voorstelt niet het overlijden des schuldenaars, maar de aanvaarding der nalatenschap, daar meestentijds de schuldeischers eerst na de aanvaarding gewaar worden dat de boedel ontoereikend is (M. v. T. bl. 245).

5°. Dat art. 210 Ontwerp uitdrukkelijk bepaalt dat de voorschriften vervat in de 6de en 8ste afdeeling hierbij niet toepasselijk zijn. De reden hiervan vinden wij vermeld op bl. 245 en 246 M. v. T. waar wij lezen: „dat elke raison d'être voor een akkoord hier vervalt."

Immers het akkoord dient:

a. Om de gerechtelijke vereffening van hetgeen er is te voorkomen en door eene minnelijke te vervangen.

b. Om den schuldenaar, onder de voorwaarden daarin vastgesteld, te ontheffen van alle verdere aansprakelijkheid voor het tekort komende.

De nalatenschap echter is nu voor altijd van het tooneel verdwenen; van eene latere vordering tegen de nalatenschap voor het deficit kan nooit sprake zijn, en daarvan dus ook geen ontheffing verleend worden.

Daar met de verdeeling der baten het recht der schuldeischers uitgeput is, zijn ook artt. 195 en 196 Ontwerp hier niet toepasselijk, evenmin als de bepalingen omtrent het accoord na faillissement.

Art. 208 Ontwerp is geheel in overeenstemming met art. 767, lid 3 Wetb. van Kooph.

Een zevende verschilpunt tusschen faillissement en kennelijk onvermogen vloeit voort uit art. 766, lid 4 Wetb. van Kooph. en 884, lid 4 Wetb. van Burgerl. Rechtsv.

Bij de verklaring in staat van faillissement is het altijd een bevoegdheid om den koopman te hooren, onverschillig door wien het faillissement gevraagd is, [1]) terwijl men bij de verklaring in staat van kennelijk onvermogen moet onderscheiden of het verzoek door den schuldenaar zelf gedaan is dan wel of het door de schuldeischers buiten hem is gedaan.

In het eerste geval kan, in het laatste geval moet de rechter hem hooren.

Vanwaar dit verschil tusschen faillissement en kennelijk onvermogen? Omdat er bij de failliet verklaring gevallen kunnen zijn, waarin de ophouding van betaling zoo klaarblijkelijk en waarin spoed zoo noodig is, dat het hooren des schuldenaars niet alleen niet noodig, maar zelfs schadelijk zoude zijn. Vandaar dat de wetgever den rechter bij de failliet verklaring geheel vrij heeft gelaten [2]).

Bestond er bij de verklaring in staat van kennelijk onvermogen dezelfde reden voor den wetgever om ook hierbij den rechter geheel vrij te laten?

Antwoord: neen, daar het staken van betaling niet de eenige voorwaarde is voor de verklaring in staat van kennelijk onvermogen, maar krachtens art. 882 Wetb. van

---

1) Uitgezonderd in het geval vermeld in art. 767 Wetb. van Kooph. handelende over de failliet verklaring van den boedel van eenen koopman, die na de ophouding met betalen is overleden. In dat geval is de arrond. rechtb. krachtens art. 767, lid 2 Wetb. van Kooph. niet alleen bevoegd maar zelfs verplicht om de erfgenamen op het verzoekschrift te hooren of behoorlijk op te roepen.

2) Zie KIST: «Beginselen van handelsrecht" VI, bl 56.

Burgerl. Rechtsv. de schuldenaar blijkbaar buiten staat moet zijn om zijne schulden te betalen en zich daarenboven moet bevinden in een der gevallen in art. 883 Wetb. van Burgerl. Rechtsv. omschreven, zoo was het rationeel dat de rechtbank verplicht is den debiteur op te roepen, indien het verzoekschrift door de schuldeischers is ingediend, opdat hem niet de gelegenheid worde benomen, om de beweringen der schuldeischers tegen te spreken en hij aan de rechtbank de vereischte inlichtingen kan geven.

Zoo wenschelijk 't echter was om in onze tegenwoordige wetgeving dit verschil tusschen faillissement en kennelijk onvermogen te maken, zoo overbodig was 't om bij de regeling van het faillissement volgens het nieuwe Ontwerp genoemd verschil te blijven handhaven. Vandaar dan ook dat art. 6 van het nieuwe Ontwerp dit verschil tusschen faillissement en kennelijk onvermogen opheft, daar het, zooals wij boven zagen, alleen zijn grond vindt in 't verschil der eischen, gesteld aan de verklaring in staat van kennelijk onvermogen en aan die tot faillietverklaring. Aangezien nu echter het nieuwe Ontwerp die eischen gelijk maakt voor den koopman en den niet-koopman, door krachtens art. 1 voor elken schuldenaar, dus ook voor den niet-koopman, slechts 't ophouden met betalen te eischen, heeft genoemd verschilpunt dan niet langer reden van bestaan in toepassing van den regel: „Cessante ratione cessat lex."

Mag alzoo de eerste alinea van art. 6 van het nieuwe Ontwerp om bovenvermelde redenen aanbeveling verdienen boven de thans bestaande regeling, door één enkele bepaling voor de twee verschillende onzer tegenwoordige wet in de plaats te stellen, niet minder is de tweede alinea van genoemd artikel te prijzen, daar 't blijkens bl. 82 M. v. T.

ten doel heeft om een einde te maken aan een bij sommige rechtbanken bestaande practijk, om nl. te verlangen, dat de schuldeischer, die faillietverklaring aanvraagt, volledig bewijs van zijn vorderingsrecht levere, wat dikwijls leidde tot weigering der faillietverklaring, zoo de schuldenaar eenvoudig ontkende het gevorderde schuldig te zijn en de schuldeischer geen voldoende bewijsstukken kon overleggen, ja meermalen ook zoo de schuldenaar niet verschenen was.

Dit alles was natuurlijk ten nadeele van den schuldeischer, die nu òf in de wanbetaling van zijn schuldenaar kon berusten, òf tegen een insolvente tegenpartij een kostbaar proces kon gaan voeren, ten einde een vonnis te verkrijgen, waaraan hij meestal niets zou hebben, daar de schuldenaar meestal in dien tusschentijd had verduisterd, wat hij nog bezat. Aan dergelijke praktijken nu maakt art. 6 al. 2 van het nieuwe Ontwerp voor goed een einde, door uitdrukkelijk te bepalen, dat de schuldeischer zijn vorderingsrecht slechts summierlijk behoeft te bewijzen.

Ten aanzien van 't ophouden met betalen zegt bl. 83 der M. v. T., dat de rechter moet beslissen of dit al of niet heeft plaats gehad.

Een achtste verschilpunt tusschen faillissement en kennelijk onvermogen vloeit voort uit een vergelijking van art. 787.2° W. v. K. met art. 885.2° Wetb. van Burgerl. Rechtsv., een verschil hierin bestaande, dat bij faillissement wèl en bij kennelijk onvermogen niet, de procureurs der vervolgende schuldeischers tot curator kunnen worden benoemd.

Vanwaar dit verschil?

Volgens Mr. Lipman (Wetb. van Burgerl. Rechtsv. bl. 387) ligt de reden van dit verschil geheel in het duister, terwijl wij bij Mr. de Pinto (Wetb. van Burgerl. Rechtsv.,

2de ged., 2de stuk bl. 961) lezen: „Het is misschien niet vreemd, dat LIPMAN, bl. 387, vruchteloos gezocht heeft naar die zonderlinge reden [1]); de vrees is alweder tamelijk hersenschimmig; maar wat het vreemdste van alles is, dat is, dat men datzelfde verbod niet aantreft voor faillissement in art. 787 W. v. K,; de reden schijnt toch voor beide gevallen dezelfde.

Dat ook Mr. OUDEMAN hieromtrent hetzelfde gevoelen is toegedaan, blijkt ons uit hetgeen hij zegt op bl. 287, deel III, Burgerl. Rechtsv., waar wij lezen: „Het is echter bevreemdend, dat deze zelfde reden (nl. de reden die de Regeering voor die uitsluiting opgaf) den wetgever niet bewogen heeft dit verbod voor het faillissement te doen."

Resumeeren wij nu kortelijk de redenen voor dit verschilpunt tusschen faillissement en kennelijk onvermogen opgegeven, dan meen ik daaruit te mogen concludeeren, dat ook deze afwijking van het faillissement ongemotiveerd is, en dat art. 13 van het nieuwe Ontwerp terecht dit verschil opheft:

1°. Door het faillissement ook op den niet-koopman te doen slaan en zoo het burgerlijk faillissement met 't gewone te doen samenvallen.

2°. Door genoemde uitzondering, behelzende de uitsluiting van de procureurs der vervolgende schuldeischers als curator, niet op te nemen.

---

1) Met die zonderlinge reden bedoelt Mr. DE PINTO de reden die de Regeering voor de uitsluiting der procureurs opgaf en die hierin bestond: „ten einde te voerkomen, dat de verwachting om tot curator te zullen benoemd worden, iemand zoude aanzetten om tot het instellen en vervolgen van vorderingen tot verklaring in staat van kennelijk onvermogen aan te zetten." (DE PINTO: Wetb. van Burgerl. Rechtsv. 2. II. bl. 961).

Bevat art. 13 van het nieuwe Ontwerp dus aan den eenen kant minder dan de artt. 787 W. v. K. j° 885 Wetb. van Burgerl. Rechtsv., aan den anderen kant bevat 't meer door de bepaling der 2de alinea, een niet minder goede verbetering onzer bestaande wet.

In wiens belang toch is voornamelijk het faillissement ingesteld?

Natuurlijk in dat van de schuldeischers, daar 't voor hen is een middel tot handhaving van recht door executie op 't geheele vermogen, ter behartiging van de par conditio van ieder hunner.

't Had dus voor de hand gelegen om aan de schuldeischers een zeer grooten invloed op het faillissement toe te kennen. Beantwoorden nu de bepalingen onzer bestaande wet hieraan?

Geenszins. Immers Mr. Kist zegt op bl. 60, deel VI: „De invloed der schuldeischers op het beheer is bij ons gering, alleen beveelt de wet de benoeming van een curator uit de schuldeischers aan en wordt bij art. 788 aan de schuldeischers eenigen invloed op de benoeming en het ontslag der curators gegeven. De schuldeischers oefenen geen invloed uit op het beheer." En op bl. 98, deel VI, lezen wij: „De invloed der schuldeischers op de curators is echter bij onze wet geheel uitgesloten."

Terecht meenden dan ook de ontwerpers in deze leemte der wet te moeten voorzien en zoo lezen wij op bl. 160 der M. v. T., op art. 74 Ontwerp: „Gaf de Co aan de schuldeischers misschien een al te grooten invloed op den gang van zaken, het W. v. K., en nog meer de tegenwoordige praktijk, zijn in het andere uiterste vervallen. Een en ander heeft aanleiding gegeven tot tal van klachten. Het recht

van de schuldeischers om meer gekend te worden in het beheer en de vereffening is herhaaldelijk betoogd en moeilijk te betwisten.

Daaraan te voldoen beoogt art. 74 van het nieuwe Ontwerp, door de benoeming eener voorloopige commissie uit de schuldeischers facultatief te stellen (de definitieve benoeming blijft aan de vrije keuze der schuldeischers overgelaten) en hun zoodoende ten allen tijde den noodigen invloed op den gang van zaken te verzekeren (M. v. T. bl. 161).

Een negende verschilpunt tusschen faillissement en kennelijk onvermogen vloeit voort uit de artt. 770 j° 769 W. v. K. en 888 1e lid Wetb. van Burgerl. Rechtsv.

Waarin bestaat dit verschilpunt tusschen beide voorzieningen?

Volgens Mr. DE PINTO (Wetb. van Burgerl. Rechtsv. 2. II. bl. 962) bestaat dit hierin: Dat de gefailleerde altijd dadelijk na het vonnis van rechtswege het beheer over zijne goederen verliest (art. 770 W. v. K.), terwijl de in staat van kennelijk onvermogen verklaarde, dit eerst verliest, wanneer hem het vonnis beteekend is, tenzij het gewezen zij op zijn eigen verzoek, in welk geval hij geacht wordt het dadelijk te kennen en het ook dadelijk tegen hem werkt.

Naar mijne bescheiden meening is deze bewering van Mr. DE PINTO in tegenspraak met hetgeen hij zegt op de vorige bladzijde (bl. 961) van zijn boven geciteerd werk, waar hij zelf verklaart, dat het faillissement aanvangt van den dag van het verzoek, (art. 769 W. v. K.) en de staat van kennelijk onvermogen eerst sedert den dag van het vonnis of na de beteekening daarvan (art. 888 Wetb. van Burgerl. Rechtsv.).

Hoe toch kan men tot een juist resultaat komen, wanneer

men met twee verschillende maten meet? en dit doet Mr. DE PINTO, door bij de bepaling van den tijd waarvan 't faillissementsvonnis werkt, daaraan wèl, doch bij de vermelding der gevolgen van dat vonnis daaraan geen terugwerkende kracht te geven.

Immers zoo men aanneemt dat 't vonnis bij faillissement werkt vanaf de indiening van het verzoek, dan treedt ook vanaf dien tijd 't gevolg van dat vonnis in en niet eerst met den dag der uitspraak.

Volgens Mr. KIST echter (deel VI, bl. 60), „werkt het vonnis van faillietverklaring achteruit tot op den dag der aangifte". Van die bepaling wordt alleen afgeweken in het geval van art. 923 W. v. K., bij aangevraagde surseance en daarop gevolgd faillissement (KIST, VI, bl. 59), bij welke meening zich ook DIEPHUIS (handelsrecht, bl. 227) en HOLTIUS bl. 127 vlg. aansluiten, terwijl de heerschende meening en de Hooge Raad volgens arrest van 24 Juni 1880 ook die opvatting huldigden.

Neemt men dus 't laatste aan (dat nl. het faillissement aanvangt met den dag, waarop het verzoek tot faillietverklaring werd ingediend), en huldigt men dus het stelsel van het W. v. K., zooals het blijkens bl. 95 M. v. T. door de heerschende meening en ook door des Hoogen Raad's arrest van 24 Juni 1880 wordt opgevat, dan bestaat 't verschil tusschen faillissement en kennelijk onvermogen hierin: dat het faillissement begint met den dag der aangifte, terwijl het kennelijk onvermogen zijn aanvang eerst neemt vanaf de uitspraak van het vonnis of de beteekening daarvan aan den schuldenaar."

Vanwaar dit verschil tusschen beide voorzieningen?

Waarschijnlijk is de reden hiervan onzeker, evenals van

het verschil aangaande de termijnen van nietigheid van vóór het onvermogen aangegane verbintenissen [1] (art. 891 Wetb. van Burgerl. Rechtsv.), vooral daar de bepaling van art. 891 Wetb. van Burgerl. Rechtsv. slechts een uitvloeisel is van de voorschriften omtrent den aanvang van het faillissement en het kennelijk onvermogen.

Terecht heft dan ook art. 22 van het nieuwe Ontwerp dit verschil op, betreffende den aanvang van het faillissement en het kennelijk onvermogen, door te bepalen, dat het faillissement (waarmee nu ook het kennelijk onvermogen samenvalt) zal werken vanaf den dag der uitspraak van het vonnis.

Verdient dus hierom reeds art. 22 Ontwerp aanbeveling, omdat 't opheft een ongemotiveerd verschilpunt, dat krachtens onze geldende wet bestaat tusschen faillissement en kennelijk onvermogen, ook is genoemd artikel nog om deze redenen te prijzen:

1°. Omdat het eens en voor goed een einde maakt aan den sinds het jaar 1879 gevoerden strijd over de bedoeling van art. 769 j° 770 W. v. K. ten aanzien van het tijdstip, waarop de schuldenaar het beheer en de beschikking over zijn vermogen verliest, m. a. w. het faillissement aanvangt (M. v. T. bl. 95).

2°. Omdat het stelsel door ons W. v. K. aangenomen, dat nl. het faillissement aanvangt met den dag waarop het verzoek tot faillietverklaring werd ingediend, te eenenmale in strijd is met het wezen van het faillissement. Immers het faillissementsbeslag wordt gelegd door het vonnis van faillietverklaring, niet door de

1) Zie LIPMAN, Wetb. van Burgerl. Rechtsv., bl. 387.

aangifte van den schuldenaar of het verzoek van een schuldeischer.

Als gerechtelijke maatregel is een vonnis noodig om het in het leven te roepen. Dat dit vonnis terugwerkende kracht moet bezitten, is dus uit het wezen van het faillissement niet af te leiden, maar daarmede veeleer geheel in strijd. De terugwerking laat zich veeleer verklaren uit en past alleen bij de opvatting, dat het faillissement is een feitelijke toestand, waarin de boedel vanzelf geraakt, terwijl het vonnis van faillietverklaring slechts dient om de aanwezigheid van dien toestand te constateeren, een opvatting, die met name aan den C_o heeft ten grondslag gelegen, doch waarmede bij de vaststelling van ons W. v. K. opzettelijk is gebroken. In het stelsel van het Ontwerp, dat in het faillissement een processueelen toestand ziet, waarin de boedel eerst door 's rechters uitspraak, door het vonnis van faillietverklaring, gebracht wordt, komt de terugwerking daarentegen in het geheel niet te pas, evenmin als in het W. v. K., tusschen welks artt. 769 en 770 altijd een onverzoenlijken strijd van beginselen zal blijven bestaan. En eindelijk in de derde plaats is art. 22 Ontwerp nog te prijzen, omdat het stelsel betreffende den aanvang van het faillissement, door ons tegenwoordig W. v. K. aangenomen, de belangen van derden geheel uit het oog verliest, die te goeder trouw met den schuldenaar handelden, zonder diens vermogenstoestand te kennen. Immers de practische beteekenis van des schuldenaars onbevoegdheid om over zijn vermogen verder te beschikken, bestaat in de werking daarvan tegenover derden, bestaat daarin, dat derden aan handelingen met den schuldenaar verricht, geen rechten tegen den boedel kunnen ontleenen.

Door de terugwerkende kracht der faillietverklaring worden dus al die handelingen a posteriori van hunne rechtskracht tegenover den boedel beroofd, die in het tijdsverloop, waarover zich de terugwerking uitstrekt, met den schuldenaar door derden zijn verricht, en dat onverschillig of die derden al dan niet bekend waren of konden zijn met de mogelijkheid eener toekomstige faillietverklaring. Ernstiger verkorting van rechten laat zich moeilijk denken. De rechtsregel, dat wijzigingen in bestaande rechtstoestanden tegenover derden niet kunnen werken, dan van het oogenblik waarop zij gepubliceerd zijn, wordt daardoor geheel op zijde gezet. Het Ontwerp heeft aan dit beginsel ook streng vastgehouden. Het brengt mede dat de schuldenaar de tot beheeren en beschikken bevoegde persoon moet blijven, totdat hem die bevoegdheid bij in het openbaar uitgesproken vonnis is ontnomen, maar dan ook, alleen reeds om die reden, het faillissement eerst aanvangen met den dag waarop het uitgesproken wordt (M. v. T. bl. 95—97).

Het hierboven besproken 9de verschilpunt betreffende den aanvang van het faillissement resp. kennelijk onvermogen heeft een 10de punt van onderscheid tusschen beide voorzieningen ten gevolge, hetwelk hierin bestaat, dat krachtens art. 891 Wetb. van Burgerl. Rechtsv. de termijnen in de artt. 773, 774 en 775 Wetb. van Kooph. voorgeschreven, bij kennelijk onvermogen slechts berekend worden van den dag van de uitspraak van het vonnis, terwijl zij bij faillissement worden berekend vanaf een der 3 tijdstippen in art. 769 Wetb. van Kooph. genoemd, d. w. z. vanaf den dag der aangifte van den schuldenaar, of van dien der inlevering van het verzoekschrift der schuldeischers ter griffie, of eindelijk van dien van het requisitoir van het O. M.

Immers zoowel bij faillissement als bij kennelijk onvermogen worden genoemde termijnen berekend vanaf den aanvang van het faillissement resp. kennelijk onvermogen, en daar krachtens de artt. 769 Wetb. van Kooph. j°. 888, lid 1 Wetb. van Burgerl. Rechtsv. hiervoor bij faillissement en kennelijk onvermogen verschillende tijdstippen zijn aangenomen, zoo moesten natuurlijk ook de aanvangspunten der bovengenoemde termijnen verschillen. Zooals wij reeds boven zagen zegt Mr. Lipman (Wetb. van Burgerl. Rechtsv. bl. 387) „dat het onzeker is, waarom — en ondoelmatig geacht moet worden dat — de termijnen van nietigheid van vóór het onvermogen aangegane verbintenissen, niet, gelijk bij faillissement, van den dag van het ingeleverde verzoek worden berekend, maar van den dag van het vonnis." Mr. Oudeman echter geeft hiervoor als reden op: „dat het moeilijker is den staat van zaken te kennen van iemand, die niet tot den handelstand behoort, dan die van eenen koopman, waarom men het billijk achtte, dat de voorschrevene termijnen hier eenigermate korter zijn, en derhalve loopen van de uitspraak van het vonnis, van welken dag de staat van kennelijk onvermogen aanvangt. Ook bij Van den Honert vinden wij hiervoor dezelfde reden opgegeven [1]).

Hoe dit echter ook zij, hierboven zagen wij dat art. 22 van het nieuwe Ontwerp terecht dit verschil in aanvangstijd van het faillissement resp. kennelijk onvermogen opheft en daar nu het hierbedoelde verschilpunt daarvan slechts een uitvloeisel is, zoo heeft ook dit geen reden van bestaan.

Terecht heffen dan ook de art. 42—51 Ontwerp dit ver-

---

1) Zie Oudeman Burgerl. Rechtsv. III, bl. 291 en Van den Honert, Handboek voor de Burgerl. Rechtsv. § 891.

schil op door bij de berekening der termijnen voorgeschreven in de artt. 773, 774 en 775 Wetb. van Kooph. geen onderscheid meer te maken tusschen den koopman en den nietkoopman, daar krachtens art. 1 Ontwerp het burgerlijk faillissement samenvalt met het gewone.

Om alle artikelen, die het Ontwerp voor de thans op dit stuk geldende regeling in de plaats wil stellen in extenso te bespreken, zou ons te ver voeren. Ik meen daarom te kunnen volstaan met in het kort te wijzen op de hoofdveranderingen, die door de nieuwe regeling worden voorgesteld.

Deze komen hierop neer:

1°. Dat in art. 42 van het Ontwerp, dat den algemeenen regel bevat, uitdrukkelijk bepaald is dat alleen handelingen door den schuldenaar verricht, terwijl daartoe zijnerzijds geene verplichting bestond, tegenover den boedel als nietig beschouwd kunnen worden. Op dien algemeenen regel kent het Ontwerp slechts twee uitzonderingen in art. 47 aangewezen. (M. v. T. bl. 122 en 123).

Reden van die wijziging is blijkens bl. 119 M. v. T.: „dat onze thans geldende wet, behoudens de uitzondering in art. 774 Wetb. van Kooph. slot voorkomende, niet voldoende onderscheidt tusschen handelingen, door den schuldenaar verricht krachtens een daartoe op hem rustende wettelijke of contractueele verplichting, en die, welke door hem verricht zijn zonder dat dergelijke verplichting voor hem bestond. Het gemis van die onderscheiding (behalve bij de hypotheek van den voogd) heeft aanleiding gegeven de wet in dien zin te interpreteeren, dat alle handelingen van den schuldenaar, zoowel de verplichte als de onverplichte, aantastbaar zijn.

Zooals wij op bl. 120 der M. v. T. lezen, ontbreekt aan

deze doctrine eene rationeele basis en is deze interpretatie der wet geheel in strijd niet alleen met het beginsel, waarop het laatste lid van art. 774 Wetb. van Kooph. berust, maar ook met de behoeften van het verkeer:

Zij rust niet op eene rationeele basis omdat, zooals bl. 120 der M. v. T. zegt: „het eene logische tegenstrijdigheid en tevens eene gevaarlijke inconcequentie is, indien de wet eenerzijds aan den schuldenaar de plicht oplegt om te voldoen, en den schuldeischer het recht geeft om zijn schuld in te vorderen, en tegelijkertijd anderzijds den medeschuldeischers de bevoegdheid verleent om de handeling, die dus strekte tot kwijting van een wettelijken rechtsplicht en voldoening aan een wettelijk vorderingsrecht, weêr ongedaan te maken."

Niet alleen echter rust de vernietiging van verplichte handelingen niet op een rationeele basis, zooals wij hierboven zagen, maar zij is nog daarenboven in strijd met de eischen van het verkeer. „Immers, zij belet den schuldeischer zijne rechten te doen gelden juist op het oogenblik dat hij ze het meest noodig heeft; dan nl., als hij een deconfiture van den schuldenaar vreest. Zij dwingt de schuldeischers, zoodra zij moeilijkheden bij het betalen ondervinden, een faillissement te provoceeren, uit vrees hetgeen zij bij individueele executies zullen verkrijgen, bij een later faillissement weer aan den curator te moeten afgeven. (Zie M. v. T. bl. 124.)

De tweede belangrijke wijziging, die het nieuwe Ontwerp voorstelt op het stuk der verdachte handelingen, komt hierop neer: „De artt. 773—777 Wetb. van Kooph. kennen slechts twee categorieën: handelingen die nietig kunnen worden verklaard bij bewezen kwade trouw van beide partijen (den

schuldenaar en dengene met wien hij handelde), en handelingen die absoluut nietig zijn.

Het Ontwerp stelt voor, de laatste categorie te doen vervallen en in plaats daarvan een aantal handelingen met nietigheid te bedreigen voor zooverre degene, tegen wien zij wordt ingeroepen, zijn goede trouw niet bewijst (art. 43.)

De redenen voor die wijziging liggen voor de hand, zegt bl. 124 der M. v. T. Tegen elken absoluten regel geldt het bezwaar, dat hij geen rekening houdt met de omstandigheden, maar alles over een kam scheert en op bl. 126 M. v. T. lezen wij: „Het spreekt echter van zelf, dat men zoodoende met alle handelingen, te kwader trouw verricht, tevens al diegenen treft, welke te goeder trouw verricht zijn, zelfs al blijkt de goede trouw overtuigend."

Het 11de verschilpunt tusschen faillissement en kennelijk onvermogen betreft de ten uitvoer legging van den lijfsdwang. (art. 771, jis 888 en 889 Wetb. van Kooph. en 889 en 890 Wetb. van Burgerl. Rechtsv.)

Hierbij moet men 3 gevallen onderscheiden:

1°. De lijfsdwang is vóór het faillissement of kennelijk onvermogen nog niet ten uitvoer gelegd.

2°. Zij is voor dien tijd reeds ten uitvoer gelegd.

3°. Zij is nog niet ten uitvoer gelegd maar alleen verkregen.

In het sub 1°. genoemde geval bestaat er krachtens art. 771, lid 1 Wetb. van Kooph. j°. 889 Wetb. van Burgerl. Rechtsv. geen verschil tusschen faillissement en kennelijk onvermogen, daar in beide gevallen de lijfsdwang niet meer kan worden ten uitvoer gelegd na de uitspraak van het

vonnis van faillietverklaring of verklaring in staat van kennelijk onvermogen. (Mr. Kist VI, bl. 77.)

In het sub n°. 2 genoemde geval bestaat er evenmin verschil tusschen faillissement en kennelijk onvermogen, daar dan krachtens art. 888 Wetb. van Kooph. en 890 Wetb. van Burgerl. Rechtsv. bij beide voorzieningen de lijfsdwang blijft standhouden. (Mr. Kist VI, bl. 77 en 79.)

In het sub 3°. genoemde geval echter bestaat er verschil tusschen beide voorzieningen, daar dan bij faillissement de bevorens verkregen lijfsdwang eerst na de insolventverklaring kan worden ten uitvoer gelegd, krachtens art. 889 Wetb. van Kooph. (Mr. Kist VI, bl. 79), terwijl bij kennelijk onvermogen krachtens art. 890 Wetb. van Burgerl. Rechtsv. de vroeger verkregen, doch niet ten uitvoer gelegde lijfsdwang kan worden ten uitvoer gelegd, niet eerst na de insolventverklaring maar nog hangende het kennelijk onvermogen, wat blijkt uit de slotwoorden van art. 890 Wetb. van Burgerl. Rechtsv.: „Evenals ware de schuldenaar niet in staat van kennelijk onvermogen verklaard."

Vanwaar dit verschil? m. a. w. Waarom kan bij faillissement de nog niet ten uitvoer gelegde maar slechts verkregen lijfsdwang eerst n a de insolventverklarlng worden ten uitvoer gelegd en bij kennelijk onvermogen reeds vóór dien tijd (hangende het kennelijk onvermogen)?

Volgens Mr. De Pinto (Handl. tot het Wetb. van Burgerl. Rechtsv. 2de ged., 2de stuk, bl. 692 en 693) is hiervan de reden:

1°. Omdat al de gevallen, waarin de niet-koopman kan worden gegijzeld, bijna kwade trouw of bedrog vooronderstellen.

2°. Omdat de rechter altijd kan bevelen de inhechtenis-

stelling van den gefailleerde, art. 789 Wetb. van Kooph. (die juist een der voorname beweegredenen was van art. 771 Wetb. van Kooph.), terwijl hij de bevoegdheid daartoe mist ten opzichte van den in staat van kennelijk onvermogen verklaarde.

Mr. LIPMAN (Wetb. van Burgerl. Rechtsv. bl. 387 en 389) geeft hiervoor een meer algemeene reden aan en schrijft de slechtere positie van den kennelijk onvermogende dan die van den gefailleerde ten opzichte van den lijfsdwang hieraan toe: „dat de Nederl. Wetgever bij den koopman, die ophoudt aan zijne verplichtingen te voldoen, zijn onvermogen, zoolang het tegendeel niet is gebleken, als een gevolg van onvoorziene rampen aanmerkt en althans geen schuld vooronderstelt, terwijl des wetgevers oordeel over dengene, die bij vonnis in staat van kennelijk onvermogen is verklaard, veel minder gunstig is."

Volgens ons vigeerende recht bestaat er dus wel degelijk reden om hier een onderscheid te maken tusschen faillissement en kennelijk onvermogen, en toch zien wij dat art. 33 Ontwerp ook dit verschilpunt opheft tusschen beide voorzieningen, daar eenerzijds het faillissement krachtens art. 1 Ontwerp ook op den niet-koopman toepasselijk is en anderzijds het Ontwerp hier voor den niet-koopman geen afwijkenden regel voorschrijft van dien, welke het voor den koopman als geldend verklaart.

Hoe is dit nu te expliceeren? m. a. w. Hoe is 't mogelijk dat in jure constituendo een afwijking van het faillissement niet en in jure constituto wèl te rechtvaardigen is?

Het antwoord op deze vraag vinden wij in de M. v. T. bl. 108, waar wij lezen: „Art. 33, 2de lid Ontwerp maakt een einde aan de ongemotiveerde uitzondering, die art. 777

1e lid j° art. 888 W. v. K. ten opzichte van den lijfdwang maakt."

Weinig bepalingen van het tegenwoordige faillietenrecht zijn harder en minder gerechtvaardigd. Het voorschrift, dat bevorens ten uitvoer gelegde lijfsdwang na de faillietverklaring blijft stand houden, verliest geheel uit het oog, dat de lijfsdwang een indirect executiemiddel is, en dus behoort te vervallen, zoodra de schuldenaar krachtens wetsvoorschrift niet meer bevoegd is de schuld te voldoen. Het verlaagt den lijfsdwang tot eene wraakoefening, tot een straf in de handen van den schuldeischer; immers wanneer deze den schuldenaar, wiens geheele vermogen in beslag is genomen, die feitelijk en rechtens in de onmogelijkheid verkeert om te voldoen, desniettemin in de gevangenis houdt, welk ander motief kan daarvoor dan bestaan, dan wraakzucht of afpersing van bloedverwanten. Al zal de lijfsdwang steeds voor zulke doeleinden gebezigd kunnen worden, dit neemt niet weg dat de wetgever dergelijk misbruik niet in de hand mag werken, veeleer zooveel mogelijk moet trachten tegen te gaan."

Resumeeren wij derhalve kort het vorige, dan kunnen wij gerustelijk concludeeren, dat het nieuwe Ontwerp terecht ook dit verschilpunt in jure constituendo opheft tusschen faillissement en kennelijk onvermogen, hoe gemotiveerd 't ook in jure constituto was.

Immers de uitzondering door het kennelijk onvermogen, hier gemaakt op het faillissement, had in jure constituto alleen reden van bestaan in verband met den regel in het faillissement gesteld. Daar nu echter, zooals wij boven zagen, die regel onbillijk was, zoo moest ook de uitzondering, gebouwd op dien regel, 't eveneens zijn, te

meer, daar hier de uitzondering 't kwaad van den regel nog verergerde, door bij het kennelijk onvermogen te bepalen dat de lijfsdwang, zelfs nog hangende het kennelijk onvermogen, kan worden ten uitvoer gelegd, terwijl dit bij faillissement eerst na de insolventverklaring kan geschieden (art. 890 Wetb. van Burgerl. Rechtsv. en art. 889 W. v. K).

Verdient derhalve art. 33 lid 2 Ontwerp aanbeveling, daar het de bepalingen omtrent den lijfsdwang vereenvoudigt, door de uitzondering, die art. 771 1e lid j° art. 888 W. v. K. ten opzichte van den lijfsdwang maakt, op te heffen, niet minder goed is art. 33 1e lid Ontwerp, daar het door een kleine redactie-verandering (in art. 32 Ontwerp wordt gelezen: „alle tenuitvoerlegging dadelijk een einde neemt", in art. 771 al. 1 W. v. K. alleen: wordt gestaakt"), den strijd beslist overeenkomstig het gevoelen door den Hoogen Raad, nedergelegd in het arrest van 17 Mei 1878.

Van de drie stelsels nu omtrent het lot van aangevangen executiën verkondigd [1]), is door de ontwerpers het derde stelsel gekozen, omdat, zooals de M. v. T. zegt op bl. 107, „het 't meest in overeenstemming is met de economie van het Ontwerp."

---

1) Die drie stelsels zijn:

1° Een gelegd arrest kan na de faillietverklaring wel voorloopig, niet verder vervolgd worden, maar blijft overigens in stand totdat het vrijwillig of bij vonnis wordt opgeheven;

2° Gedurende het faillissement moet het arrest wel als niet-bestaande worden aangemerkt, doch na het tot stand komen van een akkoord kan het herleven en verder vervolgd worden;

3° „gestaakt worden" in art. 771 al. 1 Wetb. v. Kooph. beteekent „vervallen;" door de faillietverklaring komt er dus aan het arrest voor goed een einde. (M. v. T. bl. 107).

De voorschriften van art. 771 al. 2 en 3 W. v. K. zijn blijkens bl. 108 der M. v. T. weggelaten als geheel overbodig naast de uitvoerige bepalingen over het voortzetten van rechtsgedingen tegen den boedel in de artt. 25—32 van het Ontwerp vervat.

Een twaalfde verschilpunt tusschen faillissement en kennelijk onvermogen betreft de aanneming van het akkoord. Hiertoe toch vereiseht onze wet bij faillissement $^2/_3$ van het aantal schuldeischers en $^3/_4$ van het bedrag der schuldvorderingen of $^3/_4$ van het aantal dier schuldeischers en $^2/_3$ van het bedrag der schuldvorderingen (art. 841 W. v. K.), terwijl bij kennelijk onvermogen genoemdc verhoudingen $^5/_6$ en $^7/_8$ of omgekeerd zijn (art. 896, 1° Wetb. van Burgerl. Rechtsv,).

Vanwaar dit verschil? m. a. w. „Waarom eischt onze wet een grooter aantal schuldeischers en bedrag van vorderingen voor de aanneming van een accoord bij kennelijk onvermogen dan bij faillissement?"

Mr. Oudeman (Burgerl. Rechtsv. III, bl. 296) zoekt de reden, waarom de voorwaarden voor het aannemen van het accoord bij kennelijk onvermogen zwaarder zijn gesteld dan bij faillissement dáárin, dat de slechte staat van zaken van een bijzonder persoon, die niet gelijk een koopman crediet behoeft te geven en te nemen, minder gunstig moet beoordeeld, en meer aan eigene schuld toegeschreven.

Aangenomen dat die algemeene regel opgaat en een praesumptie van kwade trouw hier alleszins is te rechtvaardigen, dan is hiermee in ieder geval in strijd, de tweede uitzondering vermeld in art. 896 . 2° Wetb. van Burgerl. Rechtsv., daar deze gebaseerd is op een praesumptie van goede trouw, dus juist op een omgekeerde basis berust als

waarop men de eerste uitzondering, vermeld in art. 896 . 1° Wetb. van Burgerl. Rechtsv., baseerde.

Te recht heft dan ook het Ontwerp dit verschil aangaande de aanneming van het akkoord op, door voor de 2 bepalingen onzer thans bestaande wet (nl. een voor het faillissement en een voor het kennel. onvermogen), de één bepaling van art. 145 in de plaats te stellen, welke bepaling blijkens art. 1 Ontwerp en bl. 59 der M. v. T. zoowel omvat het onvermogen van den koopman als dat van den particulier.

Daar echter blijkens bl. 199 der M. v. T. een der drie hoofdgebreken der bestaande regeling van het akkoord is, dat het tot stand komen er van door de wet te gemakkelijk wordt gemaakt, zoo tracht art. 145 van het Ontwerp dit gebrek op te heffen door van het alternatief van art. 841 Wetb. v. Kooph. $^2/_3$ van het aantal schuldeischers en $^3/_4$ van het bedrag der schuldvorderingen of $^3/_4$ van het aantal schuldeischers en $^2/_3$ van het bedrag der schuldvorderingen, alleen het eerste te behouden. Te recht zegt dan ook de M. v. T. op bl. 205: „Het laatste alternatief geeft te veel overwicht aan de kleine schuldeischers, daar hierbij het akkoord er door gaat, ten spijt dikwijls van het verzet der grootste schuldeischers. Door steeds $^3/_4$ van het bedrag te vorderen, zal de grief van het al te gemakkelijk tot stand komen van akkoorden, voor een goed deel worden weggenomen."

Naar mijne bescheiden meening heeft men in art. 145 Ontwerp eene belangrijke verbetering van ons geldende faillietenrecht. Wat toch moet hier de doorslag geven, het aantal der schuldeischers of het bedrag der schuldvorderingen? Natuurlijk het laatste. Daar nu het tweede alternatief van art. 841 Wetb. v. Kooph. echter aan de numerieke meer-

derheid der schuldeischers de voorkeur gaf boven het bedrag der schuldvorderingen werd hierdoor naar mijne meening de par conditio creditorum te veel uit het oog verloren [1]).

Een 13de verschilpunt tusschen faillisement en kennel. onvermogen vloeit voort uit art. 896 2° Wetb. van Burgerl. Rechtsv.

Dit verschilpunt bestaat hierin:

Dat in zaken van faillissement het aan het oordeel des rechters wordt overgelaten, om reeds bij de homologatie van het akkoord de rehabilitatie uit te spreken van den gefailleerde, mits deze te goeder trouw hebbe gehandeld Art. 850 Wetb. v. Kooph.

De staat van kennelijk onvermogen daarentegen moet altijd worden opgeheven bij het vonnis van homologatie.

Vanwaar dit verschil?

Uit de slotwoorden van art 850 al. 1 Wetb. v. Kooph. zou men afleiden dat een praesumptie van goede trouw ten voordeele van den particulier (in tegenstelling van den koopman) onzen wetgever hiertoe gebracht heeft.

Wanneer dit echter 't geval is geweest, dan is de wetgever hier afgeweken van den hierboven vermelden algemeenen regel, die juist bij kennelijk onvermogen in tegenstelling

---

1) Dit zal vooral 't geval zijn zoo men met Jhr. Mr. VAN SWINDEREN aanneemt dat het faillissement niet den persoon, maar de goederen van den failliet betreft; dat het faillissement dus eigenlijk niets anders is dan eene in beslagname van den geheelen boedel, van de massa, ten behoeve der crediteuren. (Tijdschrift voor het Ned. Recht V bl. 113). Deze beschouwing van het faillissement ligt ook ten grondslag aan het nieuwe Ontwerp, daar dit uitgaat van het beginsel dat het faillissement is een gerechtelijk beslag op het geheele vermogen des schuldenaars ten behoeve zijner gezamenlijke schuldeischers (Zie de M. v. T. bl. 62).

met het faillissement de kwade trouw doet veronderstellen, en dan berusten de 2 uitzonderingen in art. 896 Wetb. van Burgerl. Rechtsv. sub. 1⁰ en 2⁰ vermeld op geheel tegenoverelkaargestelde grondslagen en praesumpties.

Mr. LIPMAN zoekt dan ook de reden van dit verschil in iets anders. Volgens hem toch is de oorzaak, waarom volgens art. 896 2⁰ Wetb. van Burgerl. Rechtsv. deze opheffing in geval van homologatie van een aangeboden akkoord altijd plaats vindt, terwijl het bij faillissement aan het oordeel van den rechter is verbleven, of de koopman als zoodanig in het vertrouwen van het algemeen verdient te worden hersteld, dat de opheffing van den staat van kennelijk onvermogen niet die uitgebreide gevolgen heeft, die aan de rehabilitatie van den koopman zijn verbonden [1]).

Waarin echter bestaat die grootere uitgebreidheid van de gevolgen der rehabilitatie van den koopman, dan die van den niet-koopman? Mr. LIPMAN toch geeft hier wel een reden op, doch hij levert nergens het bewijs dat die reden werkelijk bestaat, evenmin als hij ons zegt waarin dan die grootere uitgebreidheid gelegen is van de gevolgen verbonden aan de rehabilitatie van den koopman, dan aan die van den niet-koopman.

Die meer uitgebreide gevolgen toch kan men alleen dán verklaren zoo men aanneemt, dat het bij den koopman meer aankomt op crediet dan bij den niet-koopman en er dus voor eerstgenoemde meer aangelegen is om weer in eer en goeden naam hersteld te worden dan voor laatsgenoemde. Aangezien echter ook bij den particulier het crediet een lang niet onbelangrijke rol speelt (al is dan ook voor hem

---

1) Mr. LIPMAN Wetb. van Burgerl. Rechtsv. bl. 389.

het verlies van crediet niet altijd direct met financieel nadeel verbonden), zoo is naar mijne bescheiden meening deze grond als reden voor de hier bedoelde uitzondering zeer zwak.

Neemt men hierbij nog in aanmerking dat het kennelijk onvermogen van den particulier veelmeer wordt toegeschreven aan eigen schuld en kwade trouw dan het faillissement van den koopman [1]), dat dus bij eerstgenoemde veeleer de k w a d e trouw wordt verondersteld, dan geloof ik dat men ook deze uitzondering in art. 896, 2°, wetb. v. burg. rechtsv. door het kennelijk onvermogen gemaakt op het faillissement ongemotiveerd mag noemen. Immers 't is ongerijmd, dat de rehabilitatie het gemakkelijkst wordt verkregen door hem, die 't minst wordt verondersteld te goeder trouw te zijn.

Dat echter op de hierboven door Mr. LIPMAN medegedeelde reden wel wat valt af te dingen — althans dat zij niet algemeen wordt aangenomen — blijkt ons uit Mr. DE PINTO (wetb. v. burg. rechtsv. 2, II bl. 964) waar wij het volgende lezen: „De staat van kennelijk onvermogen daarentegen m o e t altijd worden opgeheven bij het vonnis van homologatie; als reden hiervan werd gegeven (zoo zegt Mr. DE PINTO t. a. p.), dat het gevolg der homologatie hetzelfde is, alsof de schuldenaar over al zijne schulden had getransigeerd."

Te recht doet Mr. DE PINTO hierop deze vraag, die dunkt mij ieder hierbij op de lippen moest komen: „Zou niet hetzelfde, als het juist is voor het kennelijk onvermogen, ook juist en waar zijn voor het faillissement?"

Van al de verschillende redenen derhalve, die men voor

1) Zie MR. LIPMAN, Wetb. v. Burg. Rechtsv. bl. 387.

de uitzondering in art. 896, 2°, wetb. v. burg. rechtsv. heeft aangevoerd, is er dus geen enkele die eigenlijk steek houdt; een duidelijk bewijs naar mijne bescheiden meening dat er eigenlijk volstrekt geen reden bestond om hier van het W. v. K. af te wijken.

Te recht heft art. 193 van het Ontwerp dan ook deze afwijking van het faillissement op, daar volgens genoemd artikel het faillissement met de slotuitdeeling een einde neemt, waarom dus in het Ontwerp voor rehabilitatie geen plaats meer is [1]) terwijl krachtens art. 1 deze bepaling ook op den niet-koopman toepasselijk is.

Verdient dus reeds hierom de weglating der rehabilitatie aanbeveling, omdat zij een ongemotiveerde uitzondering opheft, nog een veel belangrijker reden maakte hare verdwijning uit de wet noodzakelijk.

Zoo lezen wij op bl. 235 en volg. der M. v. T.: „In den rechtstoestand van den schuldenaar na afloop der vereffening brengt het Ontwerp eene ingrijpende wijziging. De bestaande toestand is dan ook geheel onhoudbaar. Geen artikel van het W. v. K. heeft den uitleggers zooveel moeite gegeven, en tevens in de practijk verderfelijker gewerkt, dan art. 887 W. v. K. Feitelijk is het faillissement geeindigd, rechtens blijft het bestaan. De praktijk, de jurisprudentie hakt den knoop door, dan eens op deze, dan eens op gene wijze, zonder eenheid, zonder stelsel; het is alles een chaos van verwarring, die alleen aan den gefailleerde ten goede komt. De groote fout, waaraan de wetgever van 1838 zich schuldig maakte is deze, dat hij het faillissementsbeslag niet zijn

---

1) Zie M. v. T. bl. 236.

einde liet nemen met den afloop der vereffening, met de realisatie van het laatste stuk actief, maar dit voortduren tot aan de rehabilitatie, de officieele rechterlijke en contradictoire vaststelling dat alle schuldeischers voldaan zijn.

Het Ontwerp heeft met die geheele voorstelling gebroken, daar, zooals wij boven zagen, het faillissement met de slotuitdeeling een einde neemt, waarom voor rehabilitatie in het Ontwerp geen plaats meer is.

En hiermede meen ik, naar mijn beste vermogen, de voornaamste verschilpunten tusschen faillissement en kennelijk onvermogen te hebben behandeld. Uit 't hieromtrent meegedeelde meen ik te mogen concludeeren dat het onnoodig is om in onze wet langer te blijven onderscheiden tusschen deze beide voorzieningen.

Tot het nut van die ineensmelting van kennelijk onvermogen en faillissement meen ik te eer te mogen besluiten omdat er, behalve de in den loop van dit geschrift medegedeelde redenen, ook nog de volgende argumenten zijn aan te voeren om tusschen beide voorzieningen niet langer te onderscheiden:

1°. Omdat eenerzijds ons oud-vaderlandsch recht bij de voorzieningen ingeval van onvermogen geen splitsing maakte tusschen kooplieden en niet-kooplieden, in een tijd toen de kooplieden nog veel meer afgescheiden waren van de particulieren dan nu het geval is, [1]) en ander-

---

1) Nergens blijkt dit duidelijker uit dan door hetgeen Mr. Kist zegt in „Beginselen van handelsrecht, I, blz. 10 en 11": „Historisch is het begrip van handelszaak afhankelijk van het begrip van koopman. De daad van koophandel was oorspronkelijk de daad van den koopman. Alleen hij, die het beroep van koopman uitoefende, die lid was van eene handelsgilde, kon handelsdaden verrichten. Oorspronkelijk werd dus het begrip van handels-

zijds in Duitschland, niettegenstaande de kooplieden daar een zeer eigen recht bezitten, sedert de konkursordnung het faillissement algemeen is geworden.

2⁰. Omdat ook de meeste buitenlandsche wetgevingen het verschil tusschen faillissement en kennelijk onvermogen hebben opgeheven.

3⁰. Omdat door de toepasselijk verklaring van het faillissement op iederen schuldenaar, zullen vervallen alle lastige processen over de vraag of deze al dan niet koopman was.

4⁰. Omdat de Fransche wet geen afzonderlijke wettelijke regeling heeft van den état de déconfiture naast het faillissement, niettegenstaande die wet wèl kent de tribinaux de commerce, terwijl die naar onze wet niet bestaan.

Ik geloof daarom, afgescheiden van de vraag om hoevele andere redenen wij de invoering van het nieuwe Ontwerp met vreugde kunnen te gemoet zien, wij daarvoor ook nog

---

daad subjectief gevormd naar de hoedanigheid van den persoon, die de daad pleegde.

Doch men kan thans niet meer vragen: Welke personen zijn aan het handelsrecht onderworpen? men moet vragen: Welke handelingen worden door het handelsrecht beheerscht? Een afgezonderde handelsstand toch bestaat niet meer, nu de gilden zijn opgeheven.

Ook de niet-handelaar kan eene daad van koophandel plegen. De omvang van het handelsrecht wordt dus thans hoofdzakelijk bepaald door het object, door het begrip van handel en van handelsdaad of van daad van koophandel, doch op dit begrip oefent het subject, het begrip van koopman, grooten invloed uit.

Onze wet gaat dan ook uit van een gemengd stelsel. Handelsdaden zijn niet alleen de daden van eigenlijken handel, maar ook de daden van kooplieden."

deze aanleiding hebben, dat het door voor goed op te heffen een verschil tusschen koopman en niet-koopman, waarvoor geen reden meer bestaat, ons weer een schrede zal doen naderen tot die ineensmelting van burgerlijk en handelsrecht, waarvan onze juristen reeds zoo lang gedroomd hebben.

Moge hun droom geen droombeeld blijken; mogen de nieuwe Ontwerpers niet kennelijk onvermogend blijken te zijn om het kennelijk onvermogen uit onze wet te doen verdwijnen. Mogen de bepalingen van het nieuwe Ontwerp op dit stuk ons niet slechts als Ontwerp belang blijven inboezemen, maar als wet verbinden.

STELLINGEN.

STELLINGEN.

I.

Het ware wenschelijk dat het O. M. de bevoegdheid had om de verklaring in staat van kennelijk onvermogen te vorderen.

II.

De bepaling van art. 71 Ontwerp faill. Staatscomm. 1879, regelende het loon van den curator in een faillissement, verdient aanbeveling.

III.

Terecht geeft het Ontwerp faillissement Staatscomm. 1879 aan de schuldeischers meer invloed op den gang van zaken dan ons bestaande W. v. K.

IV.

Krachtens art. 882 W. v. B. R. is de rechter nooit verplicht maar alleen bevoegd, om zoo de eischen voor het kennelijk onvermogen rechtens aanwezig zijn, de verklaring in dien staat uit te spreken.

V.

Ook dán wanneer de eischer zelf in de gemeente woont, moet de dagvaarding voor het Kantongerecht keus van woonplaats bevatten.

VI.

Gewoonterecht behoeft niet bewezen te worden door hem, die zich daarop beroept.

VII.

In den tegenwoordigen toestand onzer maatschappij is de overstuiving eigenlijk geen rechtvaardige eigendomsverkrijging meer.

VIII.

Art. 1933 Burgerlijk Wetboek verdient afkeuring.

IX.

Art. 2 der wet van 22 December 1857, no. 171 regelende de wettelijke interessen maakt een ongemotiveerd verschil tusschen burgerlijke en handelszaken.

X.

Bij het begrip „woonplaats" heeft men te denken aan een bepaald huis.

XI.

De vraag of een schip op een gegeven oogenblik al of niet woonplaats is, is een quaestio facti.

XII.

Jure Romano had de Staat een z. g. latent eigendomsrecht van de res publico usui destinatae.

XIII.

't Ware wenschelijk dat art. 155 G. W. den gewonen wetgever niet vrij liet om een jury in te voeren.

XIV.

De uitdrukking „strafbaar feit" als nomen generis is onjuist. Het ware wenschelijk om in art. 160 G. W. in plaats van het woord „misdrijf" te lezen „delict."

XV.

Terecht wordt door het O. M. ten onzent het Opportuniteitsbeginsel toegepast.

XVI.

Het invoeren van verplichte verzekering ten behoeve der arbeiders, voor zoover betreft de gevolgen van ongelukken in de uitoefening van het bedrijf ondervonden, is wenschelijk.

Ex. Ed.
8/9/19



